THÈSE DE
CAEN.
18 89
N°. 8.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

**DROIT ROMAIN**

# DE LA CONSTITUTION DE LA DOT

**DROIT FRANÇAIS**

# DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

# THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LE GRAND AMPHITHÉATRE DE LA FACULTÉ DE DROIT

DE CAEN

*Le Mercredi 26 Juin, à 4 heures du soir*

PAR

ROBERT LE BRUN

**Avocat à la Cour d'Appel**

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

1889

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

**DROIT ROMAIN**

# DE LA CONSTITUTION DE LA DOT

**DROIT FRANÇAIS**

# DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

# THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LE GRAND AMPHITHÉATRE DE LA FACULTÉ DE DROIT

DE CAEN

*Le Mercredi 26 Juin, à 4 heures du soir*

PAR

ROBERT LE BRUN

**Avocat à la Cour d'Appel**

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

—

1889

A MON PÈRE — A MA MÈRE

**A ma Famille**

A MES AMIS

## JURY D'EXAMEN

MM. GUILLOUARD, Professeur, Président.
LEBRET, id.
JOUEN, id.
COLLIN, Agrégé.

# NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE

ACCARIAS. *Précis de Droit romain.* — ANOUILH. *De l'Institution contractuelle dans l'ancien Droit français et d'après le Code Napoléon.* — AUBRY et RAU. *Droit civil.*

BACQUET. *Des Droits de justice.* — BASMAISON. *Sur Auvergne.* — BASNAGE. *Commentaires sur la Cout. de Normandie.* — BENECH. *De la quotité disponible entre époux, De l'Élément gallique et de l'Élément germanique dans le C. Nap.* — BIGOT PRÉAMENEU. — BONNET. *Des dispositions par contrat de mariage, et Des dispositions entre époux.* — BOUCHEUL. *Traité des Conventions de succéder ou des successions contractuelles.*

CASANOVA. *Traité des Disp. entre époux, soit par contr. de mar., soit pendant le mar.* — CHABOT (de l'Allier). *Commentaires sur la Loi des successions.* — CHABROL. *Sur Auvergne.* — CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. *Traité des Droits d'enregistrement.* — COIN-DELISLE. *Commentaire du Titre des Donat. et des Test.* — COLMET DE SANTERRE. *Droit civil.* — CUJAS. *Opera ad parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta.*

DALLOZ. *Rép. V° Disp. entre vifs.* — DEMANGEAT. *De*

*fundo dotali.* — DELVINCOURT. *Droit civil.* — DEMOLOMBE. *Droit civil.*

DOMAT. *Lois civiles.* — DURANTON. *Droit civil.* — Président DURET. *Sur Bourbonnais.* — DUVERGIER. *Notes sur la L. du 23 mars 1855. De la vente.*

ESBACH. *Notice historique sur l'Institution contractuelle.*

Tribun FAVARD. — FERRIÈRE. *Compilations sur les commentateurs de la cout. de Paris.* — DE FRÉMINVILLE, *Sur Grenier.* — FURGOLE. *Sur l'Ordon., de 1731 et 1747.*

GÉRARD. *Mémoire sur les Instit. contr. entre époux.* GIDE. *De la condition de la Dot en Droit romain.* — GRÉGOIRE DE TOURS. *Historia ecclesiastica Francorum.* — GRENIER. *Discours historique et Traité des Donat. et des Test.* — GUILHON. *Traité des Donat. entre vifs.* — GUILLOUARD. *Traité du Contr. de Mar.* — GUIZOT. *Histoire de la Civilisation en France.* — GUY-COQUILLE. *Sur Nivernais.*

HORACE. *Satires.*

Tribun JAUBERT. — JUVÉNAL. *Satires.*

KOENIGSWARTER. *Histoire de l'Origine de la Famille en France.*

LABOULAYE *Recherches sur la Condition des Femmes.* — LAURENT. *Droit civil.* — EUSÈBE DE LAURIÈRE. *Traité des Instit. et des Substitut. contractuelles.* — LEBRUN. *Des Successions.* — LOYSEL. *Institutes coutumières.*

MARCADÉ et PONT. *Explication théorique et pratique du Code civil.* — MARCULFE. *Formulæ.* — MAZUER. *Practica forensis.* — MAYNZ. *Traité du Droit romain.*

— MERLIN. *Rép. V° Institut. contract.* — MONTESQUIEU. *Esprit des Lois.*

PELLAT. *Textes sur la dot.* — PLAUTE. *Trinummus.* — PLINE LE JEUNE. *Lettres.* — PONT. *Priv. et Hypoth.* — POTHIER. *Des Donat. entre vifs, Des Succcssions, Introduction au tit. XVII de la Cout. d'Orléans.* — POUJOL. *Traité des Donat. entre vifs et des Test.*

RICARD. *Des Donations. Des Substitutions.* — RODIÈRE et PONT. *Du Contrat de mariage.* — ROLLAND DE VILLARGUES. *Rép. du Notar.* — ROUSSILHE. *Traité de la Dot.*

SAVIGNY. *Traité du Droit romain.* — SUÉTONE. *Caligula.*

TACITE. *De Mor. germ.* — TÉRENCE. *Andrienne.* — TOULLIER. *Droit civil.* — TROPLONG. *Droit civil.*

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0022

# DROIT ROMAIN

## DE LA CONSTITUTION DE LA DOT

### EN DROIT ROMAIN

### INTRODUCTION

Avant d'entreprendre cette étude, il nous paraît intéressant de rechercher quelle est l'origine de la dot, et quel a été son but et sa condition en droit Romain.

La dot n'est pas née en même temps que le mariage, et c'est en vain qu'on la chercherait dans les usages des peuples primitifs et barbares, où le mariage est, à proprement parler, pour l'homme, une acquisition de la femme. Aussi, bien loin d'y trouver quelque chose qui ressemble à la dot, on y rencontre au contraire, l'offre par le mari à sa fian-

cée ou à ses parents, d'une certaine somme ou de présents, en un mot, le prix d'achat de la femme.

Mais une pareille conception du mariage devait nécessairement s'effacer devant les progrès de la civilisation, et faire place à une notion plus conforme à l'humanité et à la réalité des choses.

C'est ainsi notamment qu'en Grèce, à l'origine, la coutume était d'acheter les femmes, et cependant il faut croire que l'usage de la dot y fit son apparition de bonne heure puisque nous voyons Homère (1) citer comme un exemple de désintéressement le fait d'épouser une fille sans dot.

Ce qui est certain, c'est que le dernier état du droit en Grèce nous montre qu'à Athènes, la dot finit par être une condition nécessaire du mariage.

Il y a tout lieu de croire que même les Romains des premiers temps ne connurent jamais l'usage d'acheter leurs femmes: Rome en effet est née à une époque de civilisation déjà assez avancée, où l'on ne considérait plus la femme comme une chose qu'on achète.

Mais est-ce à dire que de tout temps la dot a existé à Rome?

On a souvent répondu qu'à l'origine il ne pouvait y avoir de dot, attendu que tous les mariages ne se faisaient qu'avec *conventio in manum.*

La dot, en effet, dit-on, est ce que la femme ou

(1) Homère. Chant 13, vers 366 de *l'Iliade.*

toute autre personne apporte au mari, pour l'aider à supporter les charges du mariage.

Elle suppose un fait volontaire de la part du constituant.

Or, est-ce qu'on rencontre quelque chose d'analogue dans la *conventio in manum?* En aucune façon. La femme par la *manus*, devenait *loco filiæ* par rapport à son mari ; et tous les biens qu'elle possédait tombaient forcément dans le patrimoine de ce dernier. Ce n'était donc pas une dot que la femme apportait à son mari, puisque la dot implique l'idée d'un acte volontaire, tandis qu'ici l'acquisition n'était pour le mari qu'une conséquence forcée du mariage avec *manus*.

Cela est exact, et cette théorie a raison, en tant qu'elle vise une *femme sui juris*, au moment de la *conventio in manum*. Oui, il est vrai de dire qu'alors il n'y a pas, à proprement parler de dot, ou tout au moins qu'il n'y a qu'une espèce de dot tacite, et c'est en ce sens que Cicéron a pu dire : « *quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.* » Topiques 4.

Mais ce qui n'est plus exact c'est de généraliser la règle, et de l'étendre même à l'hypothèse où la femme quand elle passe en se mariant *in manum mariti*, est encore sous la puissance de son père. Qu'en résultait-il en effet?

C'est que d'une part la femme perdait tous droits à la succession du père, et que, d'autre part, comme elle ne pouvait avoir de biens personnels, il lui était

impossible d'apporter une dot à son mari. Eh bien, c'était au père à fournir cette dot, et presque toujours pour ne pas dire toujours, il la fournissait. Car, avant même que la constitution de dot ne devînt pour le père une obligation légale, il obéissait à ce sentiment qu'il se serait cru déshonoré s'il n'avait pas doté sa fille.

Or, c'était bien là une dot à proprement parler, où nous voyons apparaître ce caractère de libéralité, en vue du mariage, et que nous chercherions vainement dans l'hypothèse précédente.

Il nous paraît donc exact de dire que dès les premiers temps la dot a existé à Rome, même alors que les *conventiones in manum* étaient seules usitées, et qu'on la trouvait dans toutes celles où la femme était *alieni juris*, lors du mariage.

Et enfin, à une certaine époque de la législation romaine, on peut mettre en fait que tout mariage était accompagné de constitution de dot : c'est lorsque la *conventio in manum* fut tombée en désuétude.

Le motif en est facile à comprendre : il repose dans l'organisation même de la famille à Rome ; et il suffit de jeter les yeux sur cette organisation, pour apercevoir de suite, toute l'utilité, toute la nécessité de la dot.

A Rome en effet, une même personne ne pouvait faire partie de deux familles en même temps : la raison en était bien simple ; ce qui faisait l'unité de la famille, ce n'était pas le sang, mais la dépen-

dance d'un même maître *(pater familias)* ; la famille ne résultait pas de ce qu'on était du même sang, mais de ce qu'on portait le même nom : aussi la femme était-elle, légalement parlant, une étrangère pour ses enfants puisque ceux-ci ne portaient pas le nom de leur mère, mais celui de leur père : ils ne pouvaient donc venir à la succession de leur mère, ni comme héritiers testamentaires, ni comme héritiers *ab intestat* : comme héritiers testamentaires, car leur mère ne pouvait tester ; comme héritiers *ab intestat*, puisque, nous venons de le dire, ils étaient des étrangers, par rapport à leur mère.

Quel remède apporter à un état de choses, aussi contraire à la saine raison, que préjudiciable aux enfants? Il n'y en avait qu'un, offert à la femme, en attendant une réforme dans la législation : c'était d'apporter au mari de quoi subvenir aux charges du mariage, et en même temps, de quoi pourvoir à l'établissement et à l'entretien des enfants.

Autrement dit, c'était de constituer une dot au mari, et par ce moyen, de faire parvenir ses biens à ses enfants.

Et de cette manière d'envisager la dot, du but même de la dot, découlait nécessairement cette conséquence : c'est que, au moins dans les premiers temps, tant que l'état de choses que nous venons de décrire subsista, la dot ne devait jamais être restituée ; c'eût été en effet aller contre son but même, c'eût été lui enlever presque toute son utilité, puisque cette restitution eût eu pour effet de

faire rentrer dans le patrimoine de la femme ce qu'elle en avait fait sortir pour aller à ses enfants. C'est cette idée que les Romains traduisaient par cette phrase : *Dotis causa perpetua est.* »

Mais vint une époque, où on reconnut que la situation faite à la mère et aux enfants était réellement bien peu humaine, et tenait bien peu compte de l'affection et de la nature même des choses ; et sous les Antonins, on admit que la mère pouvait succéder à ses enfants, et les enfants à leur mère.

Fut-il encore vrai de dire : « *Causa dotis perpetua est* » et de décider que comme par le passé, la dot, à la dissolution du mariage, ne devait pas être restituée à la femme, mais devait être retenue par le mari ?

Evidemment non : car il n'importait plus aux enfants que la dot restât dans le patrimoine du père, puisque, d'une façon ou d'une autre, ils étaient sûrs de retrouver ces biens dans la succession de leur mère, maintenant qu'ils avaient des droits dans cette succession.

Et il fut beaucoup plus vrai de poser en principe, que la dot était devenue essentiellement temporaire, c'est-à-dire qu'elle ne devait avoir que la durée du mariage, commencer et finir avec lui.

Il nous semble que ces quelques explications permettent assez facilement de trancher la controverse que cette question du caractère de la dot a fait naître.

Les uns prétendent qu'à toute époque de la

législation romaine, la maxime « *Dotis causa perpetua est* » a toujours été vraie; au contraire d'autres soutiennent que jamais, à Rome, la dot n'a cessé d'être temporaire.

De quel côté est la vérité? Ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux théories; elles sont en effet trop absolues; mais elles contiennent chacune une part de vérité; en réalité, la première montre exactement ce qu'était la dot à l'origine; la seconde ce qu'elle devint sous Justinien.

La distinction que nous venons d'établir devrait logiquement aboutir à ces deux conséquences : c'est que d'une part, lorsque la dot était perpétuelle, lorsqu'elle ne devait jamais être rendue par le mari à la femme, le mari était réellement propriétaire de la dot; et d'autre part, lorsque cette dot de perpétuelle qu'elle était, devint temporaire, et dut être rendue à la femme ou à ses héritiers, le mari ne pouvait être considéré comme propriétaire des biens dotaux, puisqu'il en était débiteur : et que celui-là qui doit rendre une chose, ne peut avoir sur cette chose un droit perpétuel, un droit de propriété. Donc, pour être logique, les Romains auraient dû décider que la femme étant créancière des biens dotaux en était par là même propriétaire.

Mais il n'osèrent pas aller jusque-là, et sans entrer, quant à présent, dans une discussion qui demanderait de trop longs développements, nous croyons pouvoir dire avec les interprètes les plus autorisés qu'à aucune époque de la législation Romaine, un

droit de propriété fut conféré à la femme. Et nous croyons que même sous Justinien, après les réformes importantes qui confèrent à la femme des droits beaucoup plus étendus relativement à la restitution de sa dot, que ceux dont elle jouissait jusqu'alors, réformes contenues dans les trois lois suivantes : la loi 30 au Code *De jure dotium* (V. 12), la L. 1 au C. *De rei uxoriæ actione* (V. 13) et la L. 12 au C. *Qui potiores* (VIII. 18), il est conforme à la vérité des faits de dire avec M. Gide (1) : « Le droit de la femme resta, en principe, un simple droit de créance ; mais ce droit de créance fut renforcé de tant de privilèges et de garanties qu'il finit par équivaloir, en fait, à un droit de propriété. »

---

(1) Gide. *De la condition de la dot*, p. 532.

# CHAPITRE Ier

## NOTIONS GÉNÉRALES

### SECTION I

#### NATURE DE LA CONSTITUTION DE DOT

Lorsqu'un débiteur avait fait un acte en fraude des droits de ses créanciers, on sait que ces derniers pouvaient mettre en mouvement l'action Paulienne, pour faire tomber cet acte.

L'action Paulienne pouvait être intentée contre toute espèce d'acte, L. 1 pr. D. *quæ in fraud. credit,* 42, 8, pourvu d'une part, que ces actes eûssent eu pour résultat de diminuer le patrimoine du débiteur, d'une manière préjudiciable pour ses créanciers ; c'était là l'*eventus damni.* L. 10, § 1 d. l.; il ne suffisait pas le que débiteur eût négligé d'augmenter son patrimoine; et pourvu que d'autre part, il eût eu connaissance du préjudice qu'il leur causait. C'était le *consilium fraudis*, Lois 15 et 17, § 1 d. l.

Il n'était pas nécessaire que le débiteur ait agi dans le but et avec la volonté de nuire aux créanciers.

Ces éléments devaient se rencontrer dans toute

action Paulienne, qu'il s'agît d'actes à titre gratuit, ou d'actes à titre onéreux, passés par le débiteur.

Il n'y avait pas à distinguer.

Mais toujours vraie au regard du débiteur, cette proposition serait inexacte, au regard du tiers avec lequel le débiteur avait traité. Une distinction entre les deux espèces d'actes devient nécessaire, quand il s'agit de rechercher si ce tiers doit être lui-même de mauvaise foi, c'est-à-dire avoir eu connaissance de la fraude pratiquée par le débiteur, et s'en être rendu complice.

En effet, si l'acte est consenti à titre onéreux par le débiteur, cette connaissance est indispensable, et le tiers devra être *fraudis particeps*, L. 1, p.; — L. 6 § 8, et L. 10 §§ 2, 7 et 8 d. l.

S'il est consenti à titre gratuit, l'acte peut être révoqué, sans qu'il y ait à rechercher cette complicité, L. 5 *C De revoc. his, quæ in fraud,* 7, 75.

Appliqués à la constitution de dot, ces principes nous amènent aux conséquences suivantes : il faut, pour qu'elle puisse être attaquée par l'action Paulienne, que le constituant se trouve dans les conditions que nous avons indiquées, autrement dit, qu'il y ait préjudice et intention ; que la dot soit constituée par la femme, ou par son père, ou par un tiers, peu importe, les conditions sont les mêmes.

Mais faudra-t-il que le mari et la femme soient complices de la fraude ?

Cela revient à se demander quelle est la nature

de la constitution de dot, et on voit l'intérêt que présente cette question.

Il y a un premier point certain, et qui n'a jamais fait doute parmi les jurisconsultes romains : c'est que au regard du mari, la constitution est un acte à titre onéreux, et que dès lors, on devra prouver contre lui qu'il a été complice de la fraude, L. 25 § 1. D. *Quæ in fraud cred.* Rien de plus facile à justifier que cette décision. En effet, en échange de la dot qu'il reçoit, le mari ne doit-il pas subvenir aux charges du ménage ? N'est-il pas vrai de dire qu'il n'a accepté de prendre ces charges, qu'en considération de la dot : *Cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit*, dit Venuleius ?

Mais la question de savoir si, pour la femme, les Romains ont considéré la dot comme un acte à titre gratuit ou à titre onéreux est plus douteuse.

La femme, disent ceux qui la considèrent comme un acquéreur à titre onéreux, ne reçoit rien du constituant. La dot est donnée au mari, elle acquiert, il est vrai, indirectement et éventuellement une créance en restitution de la dot, mais c'est la loi qui la lui donne plutôt que la volonté du constituant.

On ajoute que la différence n'est pas bien grande entre le mari et la femme, et que la constitution de dot ne doit pas revêtir davantage le caractère de libéralité vis-à-vis de l'un que de l'autre ; en effet, dit-on, le mariage ne va-t-il pas faire à la femme une situation nouvelle ? ne va-t-il pas en résulter pour elle des charges éventuelles, comme l'obliga-

tion de fournir des aliments aux enfants, après la dissolution du mariage ? Or, cette situation nouvelle, ces charges éventuelles, elle ne les a peut-être acceptées qu'en considération de la dot.

On ajoute que les textes viennent à l'appui de ces considérations. C'est ainsi que dans la L. 25, § 2, *Quæ in fraud. credit*, Vénuleius exige pour que l'action Paulienne puisse être intentée contre le père, que celui-ci ait connu la fraude du constituant; ce jurisconsulte semble bien mettre la femme sur le même pied que le père. Dès lors, il n'y a pas de raison pour ne pas exiger aussi bien la complicité de la femme que celle du père.

C'est ainsi encore qui la Loi 14, d. l. vient à l'appui de cette opinion. Il ne faut pas croire en effet, dit-on, que ce texte prévoit l'hypothèse d'une complicité du gendre avec le beau-père; car, s'il en était ainsi, il donnerait action contre le mari et non contre la femme, d'autant mieux que les créanciers auraient intérêt à agir contre le mari, plutôt qu'à réclamer la cession de l'action *de dote*, qui n'appartiendra à la femme qu'à la dissolution du mariage. C'est donc la complicité de la femme et de la femme seule qu'il prévoit, il suppose au contraire le mari de bonne foi : il suffit de remplacer le mot *scienti* par *sciente*.

Enfin, dit-on, l'esprit de la législation Romaine a été, de tout temps, d'assurer autant que possible une dot à la femme : dès lors, qu'y a-t-il d'étonnant à ce qu'on ait fait fléchir en faveur de la dot les principes de l'action Paulienne ?

Si puissantes que soient ces raisons, nous inclinons à croire que le droit Romain n'a vu dans la constitution de dot, qu'une libéralité, au regard de la femme.

Quel est celui des deux époux, en effet, que regardent les charges du mariage? Le mari et le mari seul; quant à la femme, elle ne recevra la dot, qu'au moment où prendront fin ces charges : en effet, après la dissolution du mariage, les enfants ne sont pas à la charge de la femme; car il ne sont pas dans sa famille, mais dans celle du père.

Si on cherche à assurer pour la femme, la conservation de la dot, c'est en vue de favoriser un nouveau mariage. Il est difficile de voir là une charge qui détruise le caractère de gratuité que nous attribuons à la constitution de dot.

Quant au § 1 de la l. 25, *D. Quæ in fraud. credit,* voici comment on doit l'entendre. Ces expressions *æque mulier* ne veulent pas dire qu'il faudra aussi chez la femme la mauvaise foi, mais elles expriment cette idée : à savoir que, par le seul fait que la constitution de dot se trouve annulée par rapport au mari, l'action Paulienne aura effet contre la femme, qui se trouvera du même coup sans dot.

Mais Venuleius laisse tout à fait de côté la question de bonne ou de mauvaise foi. En effet, quelques phrases plus haut, il mentionne la controverse que cette question avait fait naître, et il ne prend pas parti. Comment veut-on que dans la

même loi, il ait pris parti, sans que rien ne l'indique d'une façon précise ?

D'autre part, si Venuleius exige la complicité du père, c'est que la restitution de dot ne lui procure aucun profit personnel. Tout le profit est pour la femme, à laquelle on assure la conservation de sa dot, pour lui faciliter un nouvel établissement. On ne saurait donc assimiler la position du père à celle de la femme.

Quant à la loi 14 d l dont on tire argument en faveur de la doctrine contraire, on ne peut le faire qu'en corrigeant le texte. Mais le texte n'a nullement besoin de modification. Le datif *scienti* indique qu'il s'agit du mari, et l'on veut tout simplement dire que ce dernier devant rendre les biens dotaux aux créanciers, la femme se trouve dès lors dépouillée de son action *de dote*.

Enfin, pour répondre à l'argument qu'on tire de l'esprit même du Droit Romain, il suffira de citer la L. 20 C. de donat.: « *Antiqui juris conditores inter donationes etiam dotes communerant.* »

Si donc, sous Justinien qui a entouré la dot de tant de faveurs, on range parmi les donations la constitution de dot, combien cela ne doit-il pas être plus vrai encore à l'époque classique ?

## SECTION II

### QUAND LA DOT PEUT ÊTRE CONSTITUÉE

A la différence de notre droit qui pose dans l'art. 1543 la règle suivante : « *La dot ne peut être constituée, ni même augmentée pendant le mariage* », ce fut un principe constant de la législation romaine que la dot put être constituée, non-seulement avant le mariage, mais même au cours du mariage : *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium; et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest.* Paul. Sent. Liv. II, Tit. 22 § 1.

Quand la dot a été constituée avant le mariage, son existence est subordonnée à la célébration du mariage, et il faut que ce mariage soit valable : « Le terme de dot ne peut s'appliquer aux mariages non valables; il n'y a pas de dot sans mariage; quand l'union n'est pas un mariage, il ne peut être question de dot. » L. 3. D. *De jure. dot.*

La loi 20 et la loi 39 § 1 D. h. t. font l'application de ce principe. La première suppose une stipulation de dot faite par le mari à la femme et ainsi conçue : « *quum morieris, dotis nomine tot dari?* » et le jurisconsulte Paul déclare qu'une pareille constitution de dot n'est par valable par la raison qu'elle commencerait à exister au temps où il n'y a plus de mariage.

Quant à la loi 39 § 1, voici l'hypothèse qu'elle vise. Une femme est mariée avec un homme impuis-

sant; pour savoir s'il y a dot, il faut examiner s'il a subi ou non, la castration. Au premier cas, le mariage avec un *castratus* étant nul, il n'y aura pas de dot; dans le cas contraire, la dot existe.

Quand le mariage n'est pas valable, quelle action appartient à la femme pour se faire restituer la dot? Ce ne peut être l'action *rei uxoriæ*; car cette action suppose une dot. Ce sera la *condictio ob rem dati, re non secuta*, c'est-à-dire l'action par laquelle on redemande ce qu'on a donné pour un but qui n'a pas été atteint.

D'ailleurs, la femme ne perdra pas le privilège qui est attaché à l'action de la dot; ce privilège est également accordé à la *condictio*, et cela se comprend, car les motifs sont les mêmes, ainsi qu'il résulte des textes suivants:

« Si une fiancée a donné une dot, et qu'on ait renoncé au mariage, malgré qu'elle réclame sa dot par la *condictio*, il est juste que le privilège lui soit accordé quoique le mariage n'ait pas été contracté. La décision sera la même dans le cas où l'on a épousé une mineure de douze ans, bien qu'elle ne soit pas encore épouse. » L. 17, § 1. D. *De reb. auct. jud. possid.*

Et la loi 18. D. h. t. ajoute:

« Il importe en effet, à la République qu'elle obtienne la totalité de ce qu'elle a donné, pour qu'elle puisse se marier quand l'âge le lui permettra. »

Enfin la loi 19. D. h. t. renferme la même décision: « Nous donnerons donc dans tous ces cas un privilège à la femme. »

Que si, au lieu de supposer le mariage nul, nous envisageons le cas où le mariage n'a pas lieu, une distinction s'impose.

Il faut se demander en effet quelle a été l'intention de la femme, si elle a entendu transférer *hic et nunc* la propriété des choses dotales, ou si au contraire, elle a entendu ne les transférer qu'au moment où le mariage commencerait.

Les conséquences seront bien différentes.

Dans le premier cas, le mari étant devenu propriétaire, la femme pourra se faire restituer les biens par elle donnés, par la *condictio*, dont nous avons vu le caractère et les effets.

Dans le second cas, la propriété n'étant pas passée sur la tête du mari, puisqu'il ne devait être propriétaire qu'au moment du mariage et que le mariage n'a pas eu lieu, la femme peur revendiquer sa chose. Ajoutons toutefois qu'elle ne pourrait exercer cette revendication, avant la renonciation; elle s'exposerait à se voir apposer une exception, soit de dol, soit *in factum*; car elle manquerait à la bonne foi en revendiquant des choses destinées à servir de dot. Loi 7 D. *De jure dot*, § 3.

Une constitution de dot peut avoir été faite par un tiers sous cette condition : *si nuptiæ sequantur.* Qu'arrivera-t-il alors, si le constituant vient à mourir avant l'accomplissement du mariage? L'hé-

ritier du *tradens* aura-t-il le droit de réclamer la dot? ou restera-t-elle au contraire la propriété du mari?

Cette question avait divisé les jurisconsultes romains, et tandis que Julien. L. 2, § 5, D. *De donationibus*, considère la propriété comme définitivement acquise au mari, Ulpien L. 9, § 1, D. *De jur. dot.*, n'admet pas que ce dernier devienne propriétaire, malgré l'héritier du constituant. Il exige l'intervention d'un acte nouveau, émanant de l'héritier.

Bien des tentatives ont été faites pour concilier ces deux opinions; mais tous les systèmes qui ont vu le jour donnent lieu à beaucoup de critiques, et nous croyons que M. Pellat (1) a raison quand il dit qu'il « faut se résigner à reconnaître une opposition dans la manière de voir de ces deux jurisconsultes. »

Nous devons ajouter qu'un tempérament équitable corrigeait ce qu'avait d'excessif la théorie d'Ulpien : voici en effet ce que contient la fin de la Loi 9, § 1, h. t. « Il est plus équitable de décider, en faveur des dots, que l'héritier devra consentir à ce qu'a fait le défunt, ou que, s'il diffère ou est absent, malgré cette opposition ou cette absence, la propriété sera transférée *ipso jure* au mari, pour que la femme ne reste pas sans dot. »

Lorsque l'acte constitutif de dot ne renfermait aucune déclaration relativement au point de savoir si le constituant avait entendu tranférer la propriété *hic et nunc*, ou seulement au jour d'un mariage, cet

(1) Pellat. *Textes sur la dot*, p. 92.

acte constitutif était-il considéré comme pur et simple, ou comme conditionnel ?

Il y avait, à cet égard, certaines présomptions, variant avec les divers modes de constitution de la dot.

C'est ainsi que suivant Callistrate, la *datio* est toujours réputée pure et simple, sauf la preuve contraire. L. 8. D. *De jur dot.* Quant à la *promissio*, et a *fortiori*, ce semble, la *dictio*, nous voyons dans la L. 41 § I. *De jur. dot.* qu'elle est à l'inverse présumée conditionnelle. *L'acceptilatio* aurait été présumée conditionnelle, selon Scévola L. 43 D. *De jur. dot.* et pure et simple, d'après Javolenus. L. 10. D. *De cond. caus. dat.* L'explication la plus vraisemblable en est fournie par Cujas (1) ; selon lui, l'effet immédiat ou éventuel de l'acceptilation pour cause de dot, dépend uniquement de l'intention des parties, absolument comme pour la tradition ; ont-elles voulu éteindre la dette immédiatement ; si le mariage vient à manquer, la femme n'aura plus l'action de sa créance primitive, puisqu'elle est éteinte, mais la *condictio ob causam dati, cansa non secuta,* puisque la cause de la remise de dette, c'est-à-dire le mariage, étant devenue impossible, le ci-devant débiteur se serait trouvé libéré sans cause.

Au contraire, n'ont-elles voulu éteindre la dette

(1) Cujas (*comm. in lib. XXXXV. Pauli ad Edict, ad* L. 43, § 1. D. t. v. p. 540).

qu'au jour du mariage, le mariage manquant, la dette n'a pas cessé d'exister et la femme aura l'action qui y est attachée.

Puisque nous avons vu que toute constitution de dot renferme tacitement la condition : *si nuptiæ secutæ fuerint,* il nous reste à rechercher dans quels cas cette condition se trouvera accomplie

Il faut pour cela distinguer s'il y a eu ou non des fiançailles.

S'il n'y a pas eu de fiançailles, la constitution vaudra même si le projet de mariage, manqué d'abord, est exécuté plus tard, pourvu toutefois, que l'un des futurs conjoints n'ait pas, dans l'intervalle, épousé une autre personne. L. 58. D. *De jur. dot.*

S'il y a eu des fiançailles, une renonciation expresse suffit pour faire défaillir la condition ; rien ne pouvait la faire revivre, pas même le mariage des anciens fiancés.

La condition serait encore réputée accomplie, si le mariage illégal à l'origine était devenu régulier par la suite. Ainsi une promesse de dot a été faite, soit par la femme, soit par une autre personne, le mariage a été contracté à l'insu du père de l'un des époux, de la femme, par exemple ; le père consent ensuite : la promesse de dot est valable, et le mari peut en exiger l'exécution. C'est que la condition *si nuptæ secutæ fuerint* n'est pas réputée défaillie par suite de ce que le mariage n'a pas été contracté valablement : elle est plutôt réputée ne

s'être pas encore accomplie ; elle s'accomplit quand le mariage devient valide. L. 68. h. t.

La constitution de dot n'est pas nécessairement faite en vue d'un mariage déterminé ; elle peut très bien l'être en vue d'un mariage incertain qu'une personne contractera un jour où l'autre avec une personne inconnue. C'est ce que décide la L. 108. D. *De verb. oblig* : « L'existence d'une obligation peut dépendre du fait d'une personne inconnue (par ex. : me promettez-vous dix, si quelqu'un monte au Capitole, ou si quelqu'un me les demande ?). Il n'y a aucune raison pour qu'il n'en soit pas de même de la dot. »

Du principe que nous avons posé plus haut, à savoir : que la dot peut être constituée même au cours du mariage, découle naturellement cette conséquence : que la dot peut être augmentée pendant le mariage. C'est ainsi que la L. 29. D. *De jur. dot.* prévoit le cas où un père a doublé la dot de sa fille, *contante matrimonio.*

Et il y a un intérêt considérable à distinguer s'il s'agit d'une simple augmentation de dot ou si au contraire, il s'agit d'une dot nouvelle.

Paul, qui fait cette distinction dans la loi 4 D. *De jur. dot.* suppose un fonds dont la nue-propriété a été donnée en dot par un ascendant paternel. Survient, pendant le mariage, le décès de la personne sur la tête de qui reposait l'usufruit, cet usufruit se réunit donc à la nue-propriété. Supposons maintenant que la femme meurt, sans que le divorce ait

eu lieu. La dot profectice fera retour à l'ascendant. Mais de quoi se composera cette dot ? de la nue-propriété, ou de la pleine-propriété ?

Considère-t-on l'usufruit commme une simple augmentation de la dot, la pleine-propriété fera retour à l'ascendant.

Le considère-t-on au contraire comme une dot nouvelle, cette *alia dos* sera une dot adventice, et conséquemment, sera retenue par le mari.

C'est le premier parti que le jurisconsulte adopte, et avec raison, car, dit-il, le mari ne pourra pas plus retenir cet usufruit, qu'il ne retiendrait l'alluvion qui serait venue agrandir le fonds dont se compose la dot profectice.

## SECTION III

### DE L'OBLIGATION DE DOTER

De tout temps à Rome, la constitution de dot put émaner soit de la femme, soit des parents de la femme, soit d'un étranger, en un mot de toute personne qui le voulait.

Tant que la femme fut soumise à la tutelle perpétuelle, elle ne put constituer de dot qu'avec *l'auctoritas* de son tuteur; quand cette institution disparut, elle dut, jusqu'à l'âge de 25 ans, avoir le consentement de son curateur; passé cet âge, elle était libre de constituer telle dot qu'il lui plaisait.

Nous avons déjà vu combien les dots étaient

fréquentes, dès l'origine, et bien avant que l'obligation de doter n'ait été imposée et sanctionnée par la loi. Car on sait que ce furent les empereurs Sevère et Antonin qui firent une loi de cette obligation. L. 19. D. *De ritu nuptiarum.*

Les mœurs romaines pendant longtemps eurent assez d'influence pour obliger moralement les parents à doter leurs filles, et même l'infamie atteignait ceux qui manquaient à ce devoir de la nature. C'est ainsi que Plaute (1) nous montre qu'un père se serait cru déshonoré, s'il n'avait pas doté sa fille. *Flagitium quidem hercle fiet, nisi des dabitur virgini*

Et ce trait des mœurs trouve assez facilement son explication ; en effet dans le Droit des XII Tables, il n'y avait aucune distinction entre les fils et les filles; les uns et les autres héritaient par parts égales. Or, si l'on veut bien songer que le plus souvent, à l'origine, les mariages étaient contractés avec *manus*, dont l'effet, on le sait, était de rendre la fille étrangère à la famille, pour la faire entrer dans celle de son mari, on comprendra que la dot avait précisément pour but de maintenir cette égalité entre les enfants. Par la *manus* en effet, la fille perdait ses droits héréditaires sur la succession de son père ; par la dot, elle se trouvait indemnisée.

D'autres motifs d'ailleurs justifient cette obligation morale pour le père de doter sa fille. On peut dire en effet que les charges du mariage

(1) Plaute, *Trinummus*, acte 3, scène I.

incombant au mari, et au mari seul, il est bien juste que le père, qui n'aura plus à subvenir aux besoins de sa fille, lui constitue une dot : surtout alors que, jusqu'au Bas Empire, la fille en puissance ne peut avoir de biens à elle. Et très vraisemblablement cette obligation de doter qui, dans le principe, ne s'appliqua qu'à l'égard des enfants en puissance, dut être étendue plus tard aux enfants *sui juris*. On comprend dès lors pourquoi cette obligation subsista, même après la disparition de la *conventio in manum*.

Voilà quel était l'état de la législation romaine, jusque sous Sévère et Antonin.

A quelles puissantes considérations ces empereurs ont-ils dû céder pour transformer en une obligation légale de doter, ce qui n'était jusqu'alors qu'une obligation morale, et pour porter ainsi une atteinte aussi grave à l'autorité du *pater familias*, cette autorité dont le Droit Romain était si respectueux ?

Il est facile de découvrir le motif qui les a guidés.

Vers la fin de la République, les mœurs en étaient arrivées à un degré inouï de corruption, et le divorce était devenu aussi fréquent qu'il était rare autrefois, ce qui faisait dire à Juvénal (1).

> « *Sic crescit numerus, sic fiunt octo mariti,*
> « *Quinque per autumnos* »

Aussi, au lendemain des guerres civiles et des proscriptions, cette dissolution des mœurs et cet

(1) Juvénal. *Satire VI.*

éloignement du mariage, amenaient-ils une diminution très rapide de la population. Il fallait se hâter de remédier à un état de choses aussi désastreux, et c'est alors qu'Auguste fit voter les lois caducaires, la loi *Julia de maritandis ordinibus* et la loi *Papia Poppœa*. Ces lois frappent de certaines déchéances les célibataires, les gens mariés sans enfants, et accordent certains droits aux pères de famille. On voulait ainsi remettre en honneur le mariage. Il était dès lors naturel de considérer la dot, qui favorise le mariage, comme étant d'intérêt public ; aussi trouvons nous dans la L. 2. *De jure dotium*. D. cette idée : « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere.* » De là à imposer au père l'obligation de doter sa fille, il n'y a qu'un pas : ce pas fut fait.

Sur ce point, notre législation n'a pas adopté la solution romaine, et nous croyons qu'elle a eu raison.

L'obligation légale de doter pouvait peut-être en effet trouver son explication dans une législation, où le patrimoine du *pater familias* est plutôt celui de la famille que le sien.

Mais dans notre Droit, si le père doit se considérer comme moralement obligé de fournir une dot à ses enfants, selon l'observation de Montesquieu (1) « c'est un devoir moral pour lequel la prudence du père doit être au-dessusdes lois. »

(1) Montesquieu. *Esprit des lois*, liv. 23, chap. 7.

Sur quelles personnes pesait cette obligation de doter ?

Principalement et avant tout sur le père. A son défaut seulement l'obligation retombait sur d'autres.

C'est ainsi que l'aïeul paternel pouvait être tenu de doter sa petite-fille, ainsi que cela résulte des L. 19, *De ritu nuptiarum* et 6 *De Collatione* D.

Mais à la différence de l'obligation du père, celle de l'aïeul n'est jamais que subsidiaire, et il ne peut être tenu que si le père est pauvre ou décédé ; c'est-à-dire qu'il est moins tenu envers sa petite-fille qu'envers son fils, si celui-ci ne peut doter. Rien n'est plus juste d'ailleurs : n'est-ce pas en effet l'aïeul paternel qui est le *pater familias*, et qui a l'administration de tout le patrimoine de la famille, même du vivant de son fils ?

Quant à la mère, elle ne pouvait être tenue de l'obligation de doter que très-exceptionnellement : on sait en effet le peu de place que pendant longtemps elle occupa dans la famille romaine, et on sait aussi que ses enfants pouvaient se passer de son consentement pour se marier ; cependant, dans certains cas, elle était contrainte de fournir une dot. C'est ce qui résulte de la loi 14 *au C, de Jure dot*, qui dit : « *Neque mater pro filia dotem dare cogitur nisi ex magna et probabili causa.* » Ces derniers mots indiquent combien cette obligation pour la mère était rare ; elle ne lui incombait en effet qu'autant que le père et l'aïeul étaient dans l'impossibilité de constituer la dot, doter étant un *officium paternum*, comme

le dit la Loi 7. C. *de dot. prom.* Mais le texte de Dioclétien contient en outre les mots « *vel lege specialiter expressa.* » Ils font allusion à l'obligation qui, sous Justinien, était imposée à la mère hérétique, comme d'ailleurs à tous parents (père ou mère) hérétiques de fournir une dote à leur fille orthodoxe L. 19. C. § 3 *de hœreticis et manichœis.*

Il est même permis de croire que la mère n'étant obligée de constituer une dot à sa fille que pour lui permettre de se marier, n'était pas tenue de la doter, quand celle-ci avait des biens suffisants.

Cette obligation légale que nous voyons peser sur le père, l'aïeul paternel et la mère, pesait-elle sur d'autres personnes, par exemple sur les frères et sur la femme elle-même?

Nous ne le croyons pas.

Il est vrai, qu'en ce qui concerne les frères on est parti de ce principe que la dot étant un *officium paternum*, ils étaient tenus de doter leurs sœurs consanguines, mais non leurs sœurs utérines; on en a cru trouver la preuve dans certains vers de Plaute (1) et dans un texte de Paul *au Dig.* L. 12 § 3, *De administer et periculo tutor.*

Mais ce qu'on peut et ce qu'on doit, ce semble, inférer de ces textes, c'est tout au plus que les mœurs romaines faisaient un devoir au frère de ne pas laisser sa sœur consanguine, dans l'impossibilité de se marier, faute de dot. Quant à croire

(1) Plaute, *Trinummus,* acte III, scène II.

qu'il en fut de cette obligation morale comme de l'obligation du père, et qu'elle se transforma jamais en une obligation légale, nous nous y refusons, avec la majorité des auteurs modernes.

Nous ne pouvons pas non plus admettre l'opinion de ceux qui pensent que la femme, quand elle avait des biens, pouvait être forcée de se constituer une dot, à même ces biens ; car des lois qu'on a invoquées en ce sens. L. 52. D. *De adm. et peric. tutor* et L. 9. C. *de adm tut vel curat*, il nous paraît seulement résulter ceci : c'est que la femme en tutelle pouvait forcer son tuteur à lui fournir les fonds nécessaires pour sa dot ; quant à la L. 32 D. *De cond. indeb.* qu'on invoque également, elle décide simplement qu'une femme qui a payé par erreur une dot, parce quelle s'y croyait obligée, ne peut la répéter, puisqu'elle doit se doter, d'après le droit naturel.

L'obligation légale de doter cessait toutefois dans certains cas, par exemple : si la fille était ingrate, indigne, ou si, étant mineure de 25 ans, elle se mariait sans le consentement du père. Nov. 115. Chap. 111, § 11. Après l'âge de 25 ans, le père ne pouvait se dispenser de fournir une dot à sa fille, parce qu'elle se serait mariée contre son gré.

Comment, en cas de refus, pouvait-on contraindre à fournir la dot ceux à qui incombait l'obligation légale de la constituer? Nous croyons, avec l'opinion commune, qu'on avait recours à *l'officium prætoris* ; c'est ce magistrat qui fixait la dot, et qui forçait le père à la donner, l'obligation de doter dé-

rivant de l'*officium pietatis paternæ*; que si le père en offrait une, mais insuffisante, c'était encore ce magistrat qui en fixait le montant, après avoir pris en considération, d'un côté, la fortune du constituant, et de l'autre la condition sociale du mari. L. 60. D. *de jur. dot.*

La présomption que le constituant, en donnant une dot à sa fille, entendait satisfaire à l'obligation légale de doter, avait été poussée très loin par les Romains. Ainsi non seulement si le père a constitué une dot, il doit prendre cette dot sur ses biens, ce qui est bien naturel; mais même s'il a déclaré fournir la dot *de bonis suis et filiæ* ou *de bonis suis et maternis*, il est censé avoir entendu doter sa fille sur ses biens, à concurrence de ses facultés, bien entendu, de telle façon que s'il est riche, la dot tout entière sera prise sur son patrimoine; tandis que s'il est pauvre, ce sont les biens de la fille qui fourniront sa dot. L. 7. C. *de dot. prom.* Ce n'était pas là évidemment respecter la volonté du père; cependant cet état de la législation romaine dura jusque sous Léon le Philosophe. Dans sa *Novelle 21*, cet empereur, se conformant à la véritable intention du constituant décida que la dot constituée *ex bonis paternis et maternis*, serait prise par moitié sur les biens du père et par moitié sur les biens de la mère; ce n'est qu'en cas d'insuffisance de ces derniers biens que le père était tenu de parfaire la différence.

L'on sait qu'à Rome, la restitution anticipée de la dot ne pouvait avoir lieu que dans des cas excep-

tionnels : en effet la destination de la dot est de vivre autant que le mariage.

On comprend dès lors que la dot ne pouvait être diminuée *constante matrimonio*, hormis les hypothèses d'impenses nécessaires, prévues par les L. 5 *Pr. D. De imp. in res. dot. fact.* et L. 56 § 3, *De jur. dot.* C'eût été en effet une restitution partielle de la dot, qui suppose en principe le mariage dissous.

## SECTION IV

### DIFFÉRENTES ESPÈCES DE DOT

On distinguait, à Rome, deux espèces de dot : la dot profectice et la dot adventice. Il y avait bien la dot réceptice ; mais comme nous le verrons, ce n'était qu'une variété de la dot adventice.

On la nomme *profectitia* lorsque, comme le dit M. Pellat (1), il importe de savoir d'où elle est partie, parce que c'est là qu'elle doit revenir dans certains cas (*eo reversura est unde profecta est*). On la nomme *adventitia*, quand le point de départ est indifférent, parce qu'elle ne doit jamais y retourner de droit.

On comprend dès lors tout l'intérêt qu'il y a à savoir si telle dot est profectice ou adventice, puisque dans un cas elle fera retour au constituant,

(1) Pellat. *Textes sur la dot.* p. 6.

tandis que dans l'autre, elle restera soit au mari, soit à la femme.

Recherchons donc dans quels cas et à quelles conditions une dot sera profectice.

On peut ramener ces conditions au nombre de trois, savoir : 1° La constitution de dot par un ascendant paternel de la femme ; 2° La nécessité qu'elle sorte de ses biens ou provienne de son fait ; 3° Une constitution ayant lieu spontanément et *dotis causâ*.

Reprenons-les séparément pour les examiner avec quelques détails.

1° La constitution de dot doit émaner d'un ascendant paternel de la femme, et en sa qualité d'ascendant ; et à cet égard, il n'y a pas, ce semble, à distinguer entre le père émancipateur et celui qui a encore sa fille sous sa puissance. En effet, Ulpien dans la L. 5 § 11. D. *De jur. dot.* nous paraît trancher la question d'une manière formelle, quand il dit : « *Si pater pro filiâ emancipatâ dotem dederit, profectitiam nihilominus dotem esse nemini dubium est, quia non jus potestatis, sed parentis nomen profectitiam facit.* » Ce même jurisconsulte dans la L. 5 § 13. D. *De jur. dot.* décide que la même solution est applicable à la dot constituée par le père adoptif. Ce sera encore là une dot profectice.

Il faut de plus, avons nous dit, que l'ascendant qui constitue la dot, agisse en sa qualité d'ascendant ; c'est ce qui résulte de la L. 5 § 12. D. *De jur. dot.* Voici l'hypothèse qu'elle prévoit. Un père curateur de sa fille lui constitue une dot ; la

question qui se pose est de savoir si c'est en son propre nom, c'est-à-dire, comme père, ou si c'est au nom de sa fille comme curateur, que le père l'a dotée. Or, Ulpien, d'accord sur ce point avec Papinien, dit qu'il est présumé l'avoir fait en sa qualité de père, à raison de l'obligation où il est de doter : il est donc naturel de supposer qu'il a entendu remplir cette obligation, et de déclarer que la dot est profectice, si bien qu'il ne pourra imputer le montant de la dot sur le compte de curatelle, et qu'elle lui fera retour, le cas échéant. La présomption eût-elle été au contraire qu'il avait agi comme curateur, la dot eût été adventice.

Il n'est pas nécessaire que la dot ait été constituée par l'ascendant en personne, c'est ainsi que d'après la L. 5, § 1, D. *De jur. dot.*, la dot conservera ce caractère, lors même qu'elle aura été donnée par son procureur, et il faut entendre par là aussi bien le cas de mandat que de gestion d'affaires. Autrement dit, soit que le père ait donné mandat à un tiers de fournir la dot, soit qu'un étranger, agissant comme gérant d'affaires, ait fourni la dot, et que sa gestion ait été ratifiée par l'ascendant, il y aura dot profectice. En effet, c'est toujours en réalité pour le père et en son nom qu'agit le tiers mandataire ou gérant d'affaires; ainsi quand le procureur aura donné non les biens de l'ascendant, mais ses propres biens en définitive, il fera retomber le poids de la dot sur ce dernier par l'action *mandati contraria ou negotiorum gestorum.*

De même, L. 5, D. *De jure dot.* § 2, si un tiers, voulant faire une libéralité au père, donne une dot à la fille, la dot sera profectice : car c'est comme si l'objet de la dot était entré dans le patrimoine du père, et eût été remis ensuite par celui-ci à sa fille.

De même encore si la dot est constituée par le curateur d'un fou ou d'un prodigue, ou par le préteur ou le président de la province, si le père est prisonnier chez les ennemis ou retenu par les brigands, si la dot dans ces divers cas est profectice, c'est qu'il y a alors une idée de mandat légal, on ne fait que se conformer à l'intention présumée de l'ascendant.

2° Il faut, avons nous dit, en second lieu, pour qu'une dot soit profectice, qu'elle provienne des biens de l'ascendant ou de son fait. L. 5. Pr. Dig. *De jure dot.*

Nous venons de voir qu'il n'est pas nécessaire que la dot soit prise directement sur les biens même du père ou soit constituée par lui-même, comme dans le cas de mandat conventionnel ou légal, et de gestion d'affaires; mais en réalité c'est toujours le patrimoine du père, même dans ces hypothèses, qui fournit la dot. C'est pour les mêmes motifs que la Loi 5, § 2, Dig. *De jure dot*, considère comme profectice la dot constituée par un tiers en vue d'une libéralité au père : il y a eu en effet en quelque sorte une tradition *brevi manu* du père à la fille; la dot est censée n'être arrivée à celle-ci qu'après avoir passé dans les biens du père.

Toujours par l'application des mêmes principes,

le § 5 de la même loi, nous montre une hypothèse où la dot ne sera pas profectice. Il s'agit d'un père, qui dans le but de constituer une dot à sa fille a répudié une hérédité afin qu'elle parvînt à son gendre substitué ou appelé à cette succession *at intestat*, ou qui a renoncé à un legs pour qu'il restât à son gendre institué héritier. La raison de décider, dit Julien, c'est précisément que cette dot ne provient point des biens du père, parce qu'il n'a rien fourni du sien, mais qu'il a seulement négligé d'acquérir.

Il y a bien dot en effet, puisque c'est par la volonté du père que le gendre recueille les biens ; mais cette dot n'est pas *profecta de bonis vel facto patris ;* et en effet, ces biens, le père ne peut être considéré comme les ayant jamais eus dans son patrimoine, même à l'aide d'une fiction ; car le gendre n'a pu les recueillir à titre de substitué ou d'héritier déchargé d'un legs, que si le père, qui devait les recueillir, à titre d'héritier ou de légataire, ne les a pas acquis. La conclusion est donc qu'une pareille dot est adventice.

Suppose-t-on au contraire, avec le § 7 de la même loi, qu'un père promet une dot, et pour garantie de son obligation, donne un *fidejussor* ou un *expromissor*. On sait que l'adjonction d'un *fidejusseur* n'empêche pas le père d'être obligé, tandis que, par le fait de l'*expromissio*, il cesse d'être obligé, l'*expromissor* étant seul tenu. Dans l'un comme dans l'autre cas, la dot sera profectice ; elle est en effet réputée sortir des biens du père, puisqu'il est tenu de la rembour-

ser par une action *mandati contraria* ; dès lors son patrimoine est réellement diminué, et la dot provient bien *ex facto patris*.

Une dernière hypothèse est prévue par la loi 5 § 7, D. *De jure dot.* Un fils de famille emprunte une somme d'argent, pour constituer une dot à sa fille ; et il agit ainsi, non pour faire son affaire propre, mais celle de son père.

Que faudra-t-il décider ?

Et d'abord faisons observer qu'un pareil emprunt ne tombe pas sous l'application du sénatus-consulte Macédonien, Loi 17, D. *Sén. Maced.* et L. 7 § 2, o. h. t. En effet on présume que le fils a voulu faire l'affaire du père. Or ce dernier était tenu de doter.

Mais quel sera le caractère de la dot ainsi constituée ?

Le jurisconsulte répond : Ce sera une dot profectice. Il y a en effet, pour décider ainsi, identité de motifs : car l'aïeul, jusqu'à concurrence de la valeur qu'il aurait dû donner pour constituer une dot à sa petite-fille, est tenu de l'action *de in rem verso* envers le prêteur, indépendamment de l'action directe que ce dernier a contre le fils : l'aïeul est tenu de cette action, parce que, par l'effet de l'obligation qui lui incombe de doter, la somme empruntée est censée avoir verti à son profit. Mais il faut supposer que le fils a voulu faire l'affaire de son père : autrement, le sénatus-consulte Macédonien s'appliquerait, et la dot ne pouvant être considérée comme étant sortie du patrimoine de l'aïeul,

on ne saurait invoquer contre lui aucune action *de in rem verso*, et la dot ne serait plus profectice. C'est ce qui nous semble résulter de la loi 7 § 5 D. *De in rem verso*, où Ulpien fait de cette intention du fils, une condition nécessaire; et si cette exigence n'est pas reproduite par la loi 17 D. *De Sen. Maced,* il faut à notre avis la sous-entendre: autrement en effet le père serait absolument étranger à la constitution de dot, et on ne pourrait dire par rapport à lui, qu'une pareille dot est profectice.

Reste une hypothèse prévue par la loi 6 § 1 D. *De jur. dot.* où la question de savoir si une dot est profectice ou adventice est plus délicate. Le père possède un fonds appartenant à autrui, qu'il croit avoir acheté du véritable propriétaire, il le donne en dot. Pomponius répond que cette dot est profectice, parcequ'elle est censée *ab ipso profecta.*

Cette solution est conforme aux principes. En effet, si la distinction entre celui qui possède une chose de bonne foi et celui qui l'a *in bonis* présente de l'intérêt dans ses rapports avec le *verus dominus*, elle n'a rien à faire ici. Car il est certain que vis à vis du mari, le père, quoique simple possesseur, se dépouille toujours de quelque chose, à titre de dot, puisque s'il n'était pas propriétaire il pouvait le devenir par l'usucapion: donc c'est une chance qu'il a perdue en constituant la dot et l'on peut réellement dire qu'il a appauvri son patrimoine: la dot est bien *profecta ex bonis vel facto patris.*

Mais une difficulté est née du rapprochement de

cette L. 6 avec la L. 81. D. *De jur. dot.;* voici l'hypothèse de cette dernière loi : Un père a donné en dot à sa fille des écus appartenant à autrui, qu'il avait reçus à titre de prêt ou de paiement d'une créance : *Consumptis his,* dit Papinien, *dos profectitia efficitur.*

Ainsi la dot ne deviendra profectice que si les écus ont été consommés, et il faut sous-entendre de bonne foi, comme le prouvent les *Basiliques;* autrement celui qui par *dol* a cessé de posséder est toujours réputé possesseur, et exposé à l'action *ad exhibendum*. Au contraire, s'ils sont consommés de bonne foi, le *verus dominus* ne peut exercer la revendication ; le père d'un autre côté sera tenu par le *condictio* de rendre au prêteur les écus, ou verra son débiteur libéré, s'il était créancier ; c'est donc comme si la dot était sortie des biens du père; auparavant, il n'y a pas de dot profectice, parce que tant que les écus ne sont pas consommés par le gendre, le *verus dominus* peut les revendiquer, et par suite, il n'est pas vrai de dire que la dot provient *ex bonis vel facto patris.*

Mais si l'on rapproche la L. 81 de la L. 6, ces deux textes paraissent donner une solution contraire, selon que la dot consiste en immeubles ou en écus.

Pourquoi en effet la dot ne devient-elle profectice, qu'après la consommation des écus de bonne foi, c'est-à-dire, lorsque le mari est ainsi à l'abri de toute revendication, quand nous avons vu qu'elle était profectice, à partir du mariage, lorsqu'elle con-

sistait en un fonds appartenant à autrui, et avant même que l'usucapion l'ait rendu définitivement propriétaire ?

Cujas (1) et Pothier (2) ont donné de cette différence la même explication. D'après eux, le motif en est que le fonds d'autrui acheté de bonne foi était dans les biens du père, avec une *justa causa usucapionis ex causâ emptionis ;* car l'achat de la chose d'autrui est valable ; tandis au contraire que le *mutuum* de la chose d'autrui n'étant pas valable, les écus ainsi empruntés étaient possédés par le père sans juste cause, de telle sorte que le paiement fait avec eux n'est pas libératoire, et qu'on ne peut les considérer lors de la constitution de dot, comme sortant des biens du père puisque le *mutuum* n'existe que par leur consommation seule.

Mais on peut objecter que le père pouvait acquérir par *usucapion* ces écus empruntés de bonne foi *a non domino ;* il n'est pas dès lors exact de dire qu'il les possède sans juste cause.

Nous croyons qu'il faut dire avec M. Pellat (3) : « Je ne vois pas de raison bien satisfaisante de cette diversité de décision. Peut-être au reste n'est-elle qu'apparente, et faut-il sous entendre dans la loi 6 § 1, que la dot devient profectice quand le mari, par l'usucapion du fonds, est à l'abri de la revendication,

(1) Cujas. Liv. 8. *Quœest. Pap. ad legem 81.*
(2) Pothier. *Pand, tit de jur. dot. n° 2.*
(3) Pellat, *textes sur la dot,* p. 425.

comme elle devient profectice, dans notre loi 81, quand par la consommation (suppléez : et par l'usucapion) des écus, il est à l'abri de la revendication. »

3° Enfin, il ne suffit pas, pour qu'une dot soit profectice : 1° Qu'elle émane du père, en sa qualité de père ; 2° qu'elle provienne *ex bonis vel facto patris*. Il faut encore et c'est la dernière condition qui nous reste à voir, que cette constitution de dot ait eu lieu spontanément et *dotis causa*.

Et d'abord que les biens doivent être donnés *dotis causa*, c'est ce que démontre clairement la loi 51 D. *De jur. dot.* Un père a fait une donation à sa fille émancipée : plus tard il lui constitue en dot, avec son consentement les biens qui faisaient l'objet de la donation. Ulpien décide que cette dot ne sera pas profectice. C'est qu'en effet, les biens par l'effet de la donation étaient entrés dans le patrimoine de la fille, et au moment où la donation était faite, rien n'indique que le père entendait les donner pour servir de dot ; en réalité, rien n'est donc sorti *dotis causa* du patrimoine du père, la dot est donc adventice et non profectice.

Cette solution ne serait plus vraie si la fille n'était pas émancipée : car le père étant seul propriétaire des pécules et de tous les biens de ses enfants en puissance (sauf les *bona adventitia*), la fille n'aurait jamais été propriétaire des biens donnés, et il serait vrai de dire que la dot provient dans ce cas *ex bonis vel facto patris*, partant qu'elle doit être profectice.

Il faut encore, disons-nous, qu'elle soit constituée spontanément, c'est-à-dire qu'elle soit fournie par le père, en vertu de l'obligation qui le force à doter, et non en vertu d'une autre obligation quelle qu'elle soit.

C'est ce que met très-bien en relief la L. 5 § 6. D. *De jur. dot.*

Une dot a été promise : le père se porte fédéjusseur de cette dot, et la paie en cette qualité, et non en sa qualité de père; la dot, d'après Neratius n'est pas profectice. Et cependant le père ne pourra se faire rembourser par le débiteur qui est insolvable. C'est qu'il n'a pas agi spontanément. La dot il est vrai, finalement, sera prise sur ses biens, mais ce n'est que par un évènement indépendant de sa volonté, l'insolvabilité du débiteur principal ; il ne l'a payée qu'en vertu d'une obligation préexistante.

Le § 14 de la même loi apporte aussi un argument en faveur de cette doctrine. Il suppose que quelqu'un promet une dot pour la fille d'un autre; le père de celle-ci devient l'héritier du promettant; comme le père a dès lors deux qualités pour donner cette dot, celle de père et celle de débiteur, on peut se poser cette question : La dot est-elle profectice ou adventice? Julien répond à cette question par une distinction : Lorsque le père est devenu héritier, le mariage n'a-t-il pas encore eu lieu? La dot est profectice; car il dépendait uniquement du père de faire manquer le mariage, en refusant son consentement, et conséquemment de n'être plus débiteur,

en sa qualité d'héritier; c'est donc bien spontanément, et non par nécessité, qu'il a fourni la dot.

Au contraire le mariage existait-il quand il a hérité, il n'est plus en son pouvoir de faire défaillir la condition sous laquelle il était débiteur; cette condition étant accomplie, il est définitivement débiteur, et on ne peut plus dire que c'est spontanément qu'il donne la dot; aussi est-elle réputée adventice.

Telle est la dot profectice.

La dot est dite adventice, quand elle est constituée par tout autre que le père ou un ascendant paternel mâle, c'est-à-dire par la femme, un ascendant maternel, un autre parent ou un étranger, Ulpien, Frag. tit. 6, § 3, ou même quand, ayant été constituée par le père ou un ascendant paternel mâle, elle l'a été *aliunde quam ex re patris vel facto ejus.*

L'intérêt de distinguer en deux dots, avons nous dit, est que dans certains cas, la dot profectice fait retour à celui qui l'a constituée, tandis que la dot adventice ne fait pas retour au constituant. Cependant, il peut arriver que ce dernier ait stipulé ce droit de retour, c'est dans ce cas que la dot est appelée *receptice.*

Quand ce droit de retour n'a pas été stipulé, c'est-à-dire, quand on est en présence d'une dot adventice, celle-ci reste toujours au mari, quand le mariage est dissous par la mort de la femme. Lorsqu'il se dissout par la mort du mari, elle retourne à la femme; il en est de même quand il se dissout par le divorce.

# CHAPITRE II

## COMMENT SE CONSTITUE LA DOT?

### SECTION I

#### MODES DE CONSTITUTION DE LA DOT ?

Nous rencontrons à l'époque classique trois modes principaux de constitution de la dot: la *dation*, la *promesse* et la *dictio*.

*Datio datis.* — Ce mode suppose l'emploi des moyens ordinaires de translation de la propriété: il rend le mari propriétaire: c'est ainsi que pour la dation des choses *mancipi*, on emploiera la mancipation; pour les *res nec mancipi*, la tradition; la *cessio in jure* s'étend à ces deux classes de choses, sauf toutefois aux fonds provinciaux, pour lesquels la tradition est seule possible.

Si l'on avait recours à un mode de translation de propriété insuffisant pour transférer la pleine propriété, le mari avait la chose *in bonis*, et pouvait, à l'aide de *l'usucapion*, acquérir le *dominium*. Ainsi, pour donner des choses *mancipi*, si on employait la tradition, il fallait au mari *l'usucapion* pour acquérir le *dominium ex jure Quiritium* : jusque-là, il n'avait cette chose qu'*in bonis;* de même s'il a acquis *a non domino* la chose *mancipi* ou *nec mancipi*, le mari de bonne foi

aura encore besoin de *l'usucapion*, pour acquérir le *dominium*.

*Promissio dotis*. — Ce mode de constitution n'est qu'une des nombreuses applications de la stipulation ; sa forme est très simple. Le mari interroge le constituant : « Me promettez-vous de me donner le fonds cornélien en dot? » à quoi le constituant répond « Je le promets. »

Toutes les règles applicables à la stipulation étaient applicables à la promesse de dot et l'action *ex stipulatu* sanctionnait cette promesse, *action certa* ou *incerta*, suivant que la *promissio* était *certa* ou *incerta*.

Ainsi la dot pouvait être promise purement et simplement, ou à terme. Qu'on ne dise pas que la L. 20 D. *De jur. dot.* interdit qu'on stipule un terme. Paul se demande si la dot promise en ces termes par la femme : « *quum merieris, tot dotis nomine promittisne dare?* » est valable. Et contrairement à l'avis de Julien, il déclare qu'elle est nulle. C'est, qu'en effet, on ne conçoit pas une dot qui commencerait à exister précisément à l'époque où il n'y aurait plus de mariage : nous savons qu'il n'y a pas de dot sans mariage.

La preuve que la constitution de dot n'est pas exclusive d'un terme, la loi 76 D. *De jur. dot.* nous la fournit. Elle décide en effet que si le père peut constituer une dot à cause de sa propre mort, la femme au contraire ne le peut, *quia nisi matrimonii oneribus serviat dos nulla est.*

Que décidait-on quand une stipulation avait été

ainsi faite : « Promettez-vous de me donner 10, à titre de dot, l'année prochaine ? » Le délai devait-il courir du jour de la stipulation ou du jour du mariage ? On décidait avec raison qu'on ne devait le faire courir que du mariage : car, autrement, il aurait pu arriver que la dot fût exigible avant que le mariage eût lieu ; et il ne peut y avoir de dot sans mariage. L. 48 *D. De jur dot.*

Supposons qu'un père promette cent en dot à sa fille, avec clause : *quum commodissimum esset,* quel sera l'effet de cette clause ? Ce sera de permettre au père de fournir la dot sans compromettre sa dignité, c'est-à-dire, de manière à pouvoir vivre honorablement, selon sa condition, après avoir déduit de ses biens somme suffisante pour désintéresser ses créanciers. L. 79 § 1. D. *De jur. dot.* et L. 125 D. *De verb. signif.* 50, 16.

De même qu'une dot peut être promise à terme, de même elle peut l'être sous condition. Elle l'est même toujours sous la condition tacite du mariage. Mais elle peut être subordonnée à toute autre condition.

La *promissio dotis* pouvait être employée par toute personne, même par les femmes *alieni juris,* au moins depuis l'abolition de la tutelle perpétuelle des femmes. Mais, à la différence de la *datio dotis,* la promesse ne transférait qu'un simple droit de créance et non un droit de propriété.

*Dictio dotis.* — Ce mode de constitution de la dot n'eut jamais qu'une sphère d'application assez étroite :

en effet la *dictio dotis* ne pouvait servir qu'à constituer une dot, et, à la différence des deux autres modes, elle ne pouvait être employée que par certaines personnes limitativement déterminées. Comme la stipulation, elle ne conférait qu'un droit de créance et non de propriété: elle pouvait créer au profit du mari une obligation sanctionnée par une *condictio*, ou éteindre à son profit une obligation, comme l'*acceptilatio*.

Elle diffère de la stipulation, en ce qu'elle n'exige pas de question ni de réponse: elle consiste simplement en des paroles solennelles par lesquelles le constituant déclare donner au mari tel fonds ou telle somme: *Fundus corneliamus doti tibi erit*, ou *centum millia sestercium tibi doti erunt*. Telle devait être la formule employée. L. 25; L. 44; L. 46, § 1. L. 59, pr. D. *De jur. dot.* Elle est rapportée dans Térence (1), Chremès dit à Pamphile qui doit épouser sa fille: *Dos Pamphile est talenta quindecim*: A quoi Pamphile répond: *Accipio*.

Il est permis de douter si l'acceptation qu'indique ce dernier mot était nécessaire, attendu que les textes qui parlent de la *dictio dotis*, n'en font pas mention.

Ulpien *Reg.* tit. 6, § 2. énumère avec soin les personnes qui, seules pouvaient recourir à ce mode de constitution de la dot.

Ce sont: 1° La femme *quæ nuptura est* et encore la femme *alieni juris Frag. Vat.* § 99, ne le peut pas.

(1) Térence, *Andrienne*, acte 5, sc. 4.

2° Le débiteur de la femme qui, sur son ordre, s'engage à payer au futur mari ce qu'il doit à celle-ci.

3° L'ascendant du sexe masculin, uni à la femme par les mâles, comme le père, l'aïeul paternel, le bisaïeul paternel, mais non l'aïeule paternelle, ni le bisaïeul paternel, aïeul maternel du père, non plus que la mère et ses ascendants.

La *dictio* tomba en désuétude, et elle n'existe plus sous Justinien ; cela se conçoit: les modes exigeant certaines formes spéciales durent en effet disparaître du jour où les empereurs Théodore et Valentinien eurent donné aux simples pactes, la même force qu'aux contrats, pour constituer une dot. Aussi existe-t-il bon nombre de textes où il est visible qu'il n'était primitivement question que de la *dictio*, et qui ont été retouchés par les compilateurs; ils ont remplacé le mot *dictio* par celui de *promissio*. C'est ainsi qu'il faut entendre d'après nous la loi 46 § 2 D. *De jur. dot.* Cette loi dit: Si un père se croyant à tort débiteur de sa fille, a promis une dot, il sera néanmoins obligé.

Quelques-uns voient ici une application de l'obligation de doter qui pèse sur le père. Mais il faut écarter cette opinion, car ce n'est pas seulement le père qui serait tenu, après avoir promis une dot, alors même qu'il se serait cru à tort débiteur de sa fille : toute personne en effet qui aurait promis par stipulation, dans la même croyance erronée, serait également obligée, car, au regard du mari, la constitution de dot est un acte à titre onéreux ; dès lors, il ne doit

pas être trompé, il faut qu'il soit payé. Le texte serait donc inutile.

Il va au contraire avoir une véritable portée, si nous le considérons comme ayant trait à la *dictio dotis*. Pour cela, il faut remplacer *promisisset* par *dixisset*. Et alors, voici quel va être le sens du texte.

Si quelqu'un, se croyant à tort débiteur d'une femme, a promis une dot par *dotis dictio*, il n'est pas obligé, et il peut, s'il a payé, répéter par la *condictio indebiti;* car il est nécessaire que l'on soit réellement débiteur pour s'engager par la *dotis dictio*.

Mais si c'est au contraire le père, qui, dans la fausse persuasion qu'il est débiteur de sa fille, lui a promis une dot par la *dictio*, il sera tenu, parce que s'il n'a pas la qualité de débiteur, il a celle du père, et qu'elle suffit pour permettre l'emploi de la *dictio*.

Le père peut-il employer la *dictio*, même lorsqu'il n'a plus sa fille en puissance ?

Cujas admettait la négative, et c'est en partant de ce principe qu'il expliquait la L. 44 *pr.* D. *De jur. dot.* Cette loi décide que lorsqu'un père a promis une dot pour sa fille, et qu'il l'émancipe avant le mariage, cette promesse n'est pas résolue. La raison de douter, d'après ce jurisconsulte, était que la dot avait été constituée par *dictio*. Il y a bien *promissio* dans le texte, mais le § 1 de la même loi reproduit la formule de la *dictio*, bien qu'il emploie le mot *promisserit;* or, si nous admettons l'opinion de Cujas, le père ne peut constituer par *dictio* une dot à la fille qu'il n'a pas sous sa puissance : et si nous supposons qu'après lui

avoir ainsi constitué une dot, il l'émancipe, l'émancipation le mettant dans une position où il n'aurait pu s'engager par *dictio*, naît la question de savoir si la *dictio* n'est pas résolue, en vertu de la règle : *Quæ ab initio constiterunt, postea evanescunt, si in eum casum inciderint, a quo incipere non poterant.* Et Julien déclare que cette règle ne devait pas recevoir ici son application.

Mais, contrairement à l'opinion de Cujas, nous croyons que la *dictio* put toujours être employée par le père, sans avoir à distinguer si sa fille était ou non sous sa puissance. En effet, Ulpien, *Fragm.* VI § 2, et Gaius, *Epit.* II § 3, ne s'attachent qu'à la relation de parenté, et ils n'auraient pas manqué d'ajouter la condition de puissance paternelle, si elle eût été requise. De plus, les ascendants à qui la dot profective fait retour, sont les mêmes qui peuvent la constituer par *dictio*. Or, nous avons vu que la dot constituée par le père pour sa fille émancipée est profectice, parce qu'il faut s'attacher, pour déterminer le caractère de la dot, non pas à la puissance, mais à la qualité de père.

Aussi pensons-nous, avec Pellat (1), que la raison de douter n'est par celle qu'indique Cujas, mais qu'elle tient à la considération suivante. On aurait pu être porté à croire que le père, qui a promis une dot à sa fille, ayant toujours le pouvoir de rétracter cette promesse en refusant son consentement au mariage,

(1) Pellat, *Textes sur la dot*, p. 195.

qui en est la condition expresse ou tacite, était reputé l'avoir rétractée en émancipant sa fille; car cette émancipation pouvait faire craindre qu'il n'eût contre elle des raisons de mécontentement.

Mais voici ce que répondait Julien, en disant: De même la promesse du père devient, par sa mort, définitivement obligatoire pour ses héritiers, qui ne peuvent empêcher le mariage, de même elle le devient pour lui par l'émancipation: car, il ne peut plus s'opposer au mariage de sa fille, qui grâce à son émancipation peut se passer de son consentement.

En outre des trois modes de constituer la dot, dont nous venons de parler, il y en avait d'autres en usage à Rome.

La dot pouvait être constituée par *acceptilatio*.

Le futur mari se trouve débiteur de la femme. Quand il dit à celle-ci: *Habesne acceptum quod tibi debeo!* et quelle répond: *Acceptum habeo*; le tout dans l'intention de constituer une dot à sa femme, celle-ci se trouve avoir en dot le montant de la créance dont elle fait remise au mari. L. 41, § 2. *De Jur. dot.*

Il en est de même si le futur mari est débiteur, non pas de la femme, mais d'un tiers: Si ce tiers créancier lui fait acceptilation *dotis causa*, pour constituer une dot à la femme, la somme remise devient dotale. C'est en effet comme si le mari avait payé à son créancier le montant de la dot, et que celui-ci l'eût ensuite compté en dot au mari.

Quel est l'effet de l'acceptilation ?

Entraîne-t-elle dès à présent la libération du mari, ou bien au contraire, est-elle, comme en pareil cas la stipulation, subordonnée à la condition *si nuptiæ sequantur*, de telle sorte que le mariage manquant, l'acceptilation est nulle et l'obligation subsiste ?

Il semble, d'après la loi 43 pr. D. *De jur. dot.* que la libération est en suspens jusqu'à la célébration du mariage et que s'il ne se réalise pas, l'obligation reste dans son premier état.

Mais cette loi 43 paraît être en opposition avec la l. 10 D. *De cond. caus. dat.* Cette dernière loi décide en effet, que si une femme, *dotis causa*, a fait acceptilation de la somme qui lui était due, à son futur mari, elle ne conserve pas sa première action au cas où le mariage n'a pas lieu: il lui est accordé un *condictio*.

Un scholiaste des Basiliques (1) pour concilier ces deux textes, distingue si l'acceptilation est faite par la femme ou par un étranger. La femme, hâtant le mariage de ses vœux, et le regardant comme sur le point de se faire, veut donner la dot sur le champ et entend que l'acceptilation produise immédiatement son effet. Le créancier étranger, moins empressé, ne veut libérer son débiteur et constituer par là une dot, qu'au moment du mariage.

Cujas (2) nous paraît donner une conciliation plus naturelle en disant que ces deux textes interprètent l'intention des parties, différente suivant les cas.

(1) Basiliq. XXIX, l. 39, sc. o. (t. III, p. 378).
(2) Cujas, *Comm. in lib.* XXXV, *Pauli ad Edict. ad* L. 43, § 1, D.

La femme a-t-elle entendu que la libération du mari fût immédiate, actuelle ? Elle le sera, c'est l'hypothèse de la loi 43.

A-t-elle au contraire voulu faire dépendre l'extinction de la dette de l'existence du mariage, le futur mari ne sera libéré que si le mariage se réalise et qu'à cette époque, c'est l'hypothèse de la loi 10.

Ce qui nous fait écarter l'interprétation du Scholiaste, c'est que les deux lois parlent d'une acceptilation faite par la femme.

Si l'acceptilation est faite non plus par la femme au futur mari, mais par un tiers créancier de ce dernier, *dotis constituendæ causâ*, la libération du mari est subordonnée à la célébration du mariage, et s'il n'a pas lieu, le créancier conservera sa créance primitive. Toutefois, le futur mari serait libéré dès à présent, si l'acceptilation ne lui était faite qu'avec l'intention de faire une donation à la femme à tout évènement. Les choses se passent comme si la femme avait reçu de l'étranger le montant de la créance, payé à celui-ci par le débiteur futur mari, et qu'elle l'eût ensuite donné au mari. Dans ce cas, le mariage manquant, la femme avait alors la *condictio sine causa*, pour répéter du mari le montant de l'obligation, dont il lui aurait été fait remise. Si le mariage a lieu, lors de sa dissolution la femme demandera la restitution de sa dot, à moins que le créancier n'ait entendu faire acceptilation que pour subvenir aux charges du mariage, pendant sa durée ; auquel cas, il aura la *condictio sine causa*.

L'acceptilation est un acte légitime : aussi ne comporte-t-elle ni terme, ni condition. Lois 4 et 5, D. *De acceptil. 46, 4.* Si l'on se demande comment dès lors son effet peut être subordonné à la condition du mariage, la raison en est simple : les actes légitimes n'admettent ni terme exprès, ni condition expresse ; mais ils admettent les terme et condition tacites. Rien ne s'oppose donc à ce que l'acceptilation soit subordonnée à la condition du mariage. L. 77, D. *De reg. jur, 50, 17.*

2° La dot pouvait encore être constituée par un pacte *de non petendo.* C'est ce qui résulte de la L. 12, § 2, D. *De jure dot.* Une femme est convenue avec le mari qu'il gardera en dot ce qu'il lui doit. Le mari ne sera pas libéré *ipso jure*, comme dans l'acceptilation ; mais la femme ne pourra plus agir que par l'action de la dot le cas échéant, et non par l'action de sa créance : autrement elle se verrait opposer de la part du mari, l'exception *pacti.* En définitive, les choses se passent comme s'il avait payé le montant de sa dette, et c'est le montant de cette dette qui fera l'objet de l'action *rei uxoriæ*, lors de la dissolution du mariage.

3° La constitution de dot peut s'opérer à l'aide d'une donation à cause de mort. L. 76, D. d. l. Cette loi suppose qu'un père a promis une dot à cause de sa propre mort ; la promesse est valable, car s'il avait promis pour le temps où il mourrait lui-même, il serait obligé.

La loi dit : « *Si pater.... dotem promiserit, valet*

*promissio ; nam et si in tempus quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur.* M. de Savigny (1) pense que la comparaison porte sur les mots *mortis suæ causâ*, et, *in tempus quo ipse moreretur* et que l'expression de *promissio dotis mortis causâ*, doit être entendue dans le sens d'une promesse faite avec la modalité *quum moriar*, et non avec la modalité *post mortem meam*. L'importance de la distinction est considérable ; en effet, la première promesse, seule, est valable, parce que l'obligation prend naissance du vivant du promettant ; *quum moriar* désigne encore un moment faisant partie de la vie ; au contraire, la seconde promesse est nulle, parce que suivant la pensée des parties, l'obligation ne devrait commencer que dans la personne des héritiers du promettant.

Nous croyons au contraire avec M. Pellat (2) qu'à l'expression *dotem dixerit*, les jurisconsultes ont substitué l'expression *dotem promiserit* ; autrement en effet, la comparaison n'aurait pas de sens ; car elle serait établie entre deux termes identiques : On comparerait la promesse à une promesse. Au contraire, elle se comprend très bien, avec notre hypothèse : le jurisconsulte compare la *dictio*, mode spécial d'obligation *verborum*, à la stipulation, mode général, et il conclut de la validité de la stipulation, à celle de la *dictio*.

La loi 76 prévoit l'hypothèse où le père revient à

(1) De Savigny (*Systèm.* t. IV. p. 249).
(2) Pellat. *Textes* sur la dot. p. 387.

la santé ; et elle lui donne la *condictio* pour obtenir la remise de son obligation ; en effet, la cause qu'il avait en vue ne s'est pas réalisée ; dès lors de même qu'il y a *condictio* d'un objet corporel ou d'une somme d'argent transférée pour cause de mort, de même il y a *condictio* d'une obligation constituée pour la même cause.

4° Un autre mode de constitution de la dot se rencontre dans le legs *per damnationem*. L. 48, § 1. D. *De jur. dot.* Un beau-père fait à son gendre un legs conçu en ces termes : « Que mon héritier soit condamné à donner cent à *Lucius Titius*, au nom de ma fille. » Le gendre a l'action *ex testamento* contre l'héritier.

Dans la L. 69, § 2. D. *De legatis et fideic. Gaius*, en décidant que l'action appartient non au gendre, mais à la fille, parait donner une décision contraire.

Cujas (1), pour concilier les deux textes, fait la distinction suivante : Ou le père a légué à son gendre une dot qu'il lui devait déjà en vertu d'une stipulation (ou d'une *dictio*) ou il lui a légué une dot qu'il ne lui avait pas promise antérieurement.

Dans le premier cas, d'après le principe que le legs fait par un débiteur à son créancier est inutile, le gendre n'aura pas l'action *ex testamento :* en effet, il a déjà l'action *ex stipulatu*. Au contraire la fille a le plus grand intérêt à se prévaloir de ce legs, car c'est lui qui lui donne le moyen de forcer l'héritier à

(1) Cujas, *Comm. in lib. XVIII. Jul. ad. d.* l. 31, § 4.

payer la dot au mari; aussi a-t-elle l'action *ex testamento*. D'ailleurs les époux devront s'entendre pour n'exercer contre l'héritier qu'une des deux actions. Telle est l'espèce de la L. 69, § 1. D. *De legat.*

Dans le second cas, les deux époux ont intérêt à ce que la dot leur soit léguée : ils auront tous deux l'action *ex testamento*. Mais ici encore, ils devront s'entendre pour ne pas intenter l'action tous les deux : car la dot ne doit être payée qu'une fois. Telle est l'espèce de la L. 48, § 1. D. *De jur. dot.*

Cette interprétation nous paraît pleinement satisfaisante, et elle est du reste justifiée par la L. 71, § 3. D. *De condict. et demonstrat.*

5° La constitution de dot peut être faite au moyen de la répudiation d'un legs ou d'une hérédité.

Et la loi 14 § 3 D. *De fundo dotali* prévoit trois cas distincts dans lesquels la dot sera ainsi constituée :

1° Un tiers qui a institué héritier le mari a fait un legs à la femme. Si cette dernière renonce au legs, le mari en profitera : car la chose léguée restera *in hœreditate*.

2° La femme est instituée héritière en première ligne, et le mari lui est substitué vulgairement ; que la femme répudie l'hérédité, c'est encore le mari qui en profitera.

3° Au lieu d'une hérédité à laquelle est appelée la femme, c'est un legs, et le mari lui est substitué vulgairement. La solution sera la même, en cas de répudiation du legs par la femme : le mari en bénéficiera.

Une quatrième hypothèse pouvait se présenter : elle n'a pas été prévue par le législateur, mais les principes permettent facilement d'indiquer la solution. On peut en effet supposer que le testateur a institué pour héritiers le mari et la femme, ou bien il a légué le fonds Cornélien conjointement au mari et à la femme; la femme répudie l'hérédité ou le legs de telle sorte que le mari en recueille le bénéfice en totalité, en vertu du droit d'accroissement : ici, c'est la moitié de l'hérédité, la moitié du fonds, qui pourra être dotale (1).

Dans tous ces cas, la répudiation vaut constitution de dot. Mais encore est-il, qu'il faut supposer que le mari est d'accord avec la femme, c'est-à-dire que le mari sait que la répudiation est faite *dotis causa*.

6° Enfin la constitution de dot peut être tacite, ainsi que l'atteste bon nombre de textes.

La L. 30 D. *De jur dot*, après avoir posé en principe que, quand deux époux, après s'être séparés, se marient de nouveau, il faut une intention bien évidente des parties, pour que la dot du premier mariage, non rendue à la femme, redevienne la dot du second mariage, ajoute que cette intention est toujours présumée, à moins que le contraire ne soit prouvé, et les lois 14 et 40 au même titre, sont dans le même sens.

Donc, à moins d'intention contraire, si une femme après avoir divorcé se remarie avec le même mari,

(1) Demangeat, *De fundo dotali*. p. 350.

l'ancienne dot restée chez le mari est réputée constituée de nouveau par une convention tacite.

Mais si la dot a été fournie par un tiers qui a stipulé qu'elle lui ferait retour lors de la dissolution du mariage, cette constitution tacite n'apparaît plus : car la nouvelle union ne saurait lui faire perdre le droit qui était né pour lui de la rupture du mariage ; et son consentement serait nécessaire pour que la dot fût de nouveau constituée. C'est ce qui résulte de la L. 64 D. *De jur. dot.*

De même la constitution tacite serait encore impossible si le mari s'était laissé déléguer à un tiers : en effet le nouveau mariage des époux ne saurait priver le tiers de sa créance. L. 64 D. *De jur. dot.*

Mais remarquons le, pour qu'il y ait constitution tacite de dot, il faut qu'il y ait un divorce sérieux et non une simple séparation de courte durée : autrement la dot subsisterait comme dot du même mariage. L. 31 D. *De jur. dot.* Et même serait nulle la convention portant qu'il n'y aurait plus de dot, car ce serait là une donation faite pendant le mariage, partant nulle. L. 27 D. *De pact. dot.*

La L. 39 nous montre un autre cas de constitution tacite. « Une esclave donne à un esclave une sorte de dot ; ensuite, pendant leur union, tous deux parviennent à la liberté, sans que leur pécule leur ait été ôté ; s'ils continuent de vivre ensemble, on adoptera ce tempérament à savoir : que les choses qui existeront encore de celles qui ont été, en quelque façon, données en dot au temps de la servitude, seront censées être

devenues, par une convention tacite, vraiment dotales, en sorte que l'estimation en sera due à la femme. »

## SECTION II

### CONDITION ET CAPACITÉ DES PARTIES

La constitution de dot implique la capacité d'aliéner ou celle de s'obliger.

Tant que la femme fut soumise à une tutelle perpétuelle, elle devait pour se constituer une dot, être assistée de son tuteur. Quand disparut cette tutelle, il lui fallut, jusqu'à l'âge de 25 ans, le consentement de son curateur.

C'était à lui qu'il appartenait de déterminer le montant de la dot, et pour cela, il devait prendre en considération la fortune et la position sociale, aussi bien de la femme que du mari. L. 60 D. *De jur. dot.*

Et s'il autorise la promesse d'une dot qui excède les facultés de la femme, on considère que c'est là une autorisation donnée de mauvaise foi, et comme la loi Julia ne confirme pas ces sortes d'autorisations, la promesse sera nulle. Elle ne le sera cependant pas pour le tout, mais seulement pour ce qui dépasse les facultés de la femme. Mais au contraire, s'il est certain que le curateur a donné l'autorisation de bonne foi, la promesse n'est plus nulle *ipso jure ;* c'est seulement par une exception que le mari pouvait être repoussé : quant à la femme, elle devait donner caution de compléter la dot au cas où elle s'enrichirait pendant le

mariage. L. 61 *pr.* D. *De jur. dot.*; L. 43 § 1 *D. De adm. et per. tutor. 26.* 7.

Enfin, c'était les choses elles-mêmes en nature que le curateur devait livrer; il n'avait pas le droit de les vendre pour les convertir en argent. Cependant cette règle n'était plus applicable quand le mari insistait absolument pour avoir en dot de l'argent; alors le curateur devait s'adresser au juge pour se faire autoriser par lui à faire la vente des choses dotales. L. 61, § 1, D. *De jur. dot.*

Nous savons que pendant longtemps le droit Romain soumit les femmes à la tutelle perpétuelle. Mais, chose remarquable, leur tuteur n'administrait pas, il ne faisait que donner son autorisation pour faire certains actes. *Ulp. Reg. XI*, § 37. Quand l'usage s'introduisit de donner un curateur aux mineurs de vingt-cinq ans du sexe masculin, il y a tout lieu de croire qu'un curateur fut également donné aux femmes mineures de vingt-cinq ans, lequel fut chargé de la gestion de leurs affaires, gestion à laquelle leur tuteur restait étranger. *Vatic. Fragm.*, § 110.

Dans le droit de Justinien, la tutelle perpétuelle des femmes pubères a disparu; elles sont traitées sur le même pied que les mineurs pubères de l'autre sexe, c'est-à-dire qu'elles reçoivent un curateur.

De là, cette question: quand dans un texte, comme dans celui qui nous occupe, la loi 60, on trouve l'expression de *curator*, faut-il dire que le jurisconsulte a toujours employé cette expression, ou au contraire,

qu'elle a été substituée par les commissaires de Justinien, à celle de *tutor?*

Ce qui prouve, dit-on, que Celse a lui-même employé l'expression *curator*, c'est que les mots employés par le texte *consensum accomodare* ne peuvent se rapporter qu'à un curateur; en effet lorsqu'il s'agit d'un tuteur, on dit *auctoritatem interponere.* Et d'ailleurs, dans la L. 7, D. *De tut. et curat. datis, 26,* 5, Ulpien nous dit que, quand il s'agissait soit de constituer une dot, soit de l'augmenter, soit de l'échanger, c'est un curateur qu'on nommait aux femmes mineures.

L'autre opinion, celle qui voit dans le texte une substituton du mot *curator* au mot *tutor,* nous paraît préférable.

En effet, il est facile de répondre que, de même qu'il a substitué *curator* à *tutor,* Tribonien a pu substituer *consensum dare* à *auctoritatem interponere* et que la loi 7 a pu être interpolée dans le même sens que les autres. Mais il y a surtout ceci : c'est que les textes qui ne peuvent être soupçonnés d'interpolation, parce qu'ils se trouvent en dehors de la compilation Justinienne, nous disent que lorsqu'il s'agissait de constituer une dot à la femme soit par *datio,* soit par *dictio,* soit par *promissio*, en cas d'empêchement de son tuteur ordinaire, il lui était nommé, non pas un curateur, mais un tuteur spécial. C'est ce qui résulte de plusieurs textes : Gaius, Instit. 1, § 178, Ulpien, Fragm. XI, § 20-22, et notamment le § 110 ou Paul s'exprime en ces termes : « *Paulus*

*respondit etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse ; sed non curatore præsente promitti debere, sed tutore auctore.* »

Nous avons vu que la *dotis dictio* était un mode de constitution de dot, inaccessible aux femmes *alieni juris va.* Fragm. § 99.

Cette règle est-elle spéciale à la *dotis dictio*, ou au contraire n'est-elle que l'application d'une règle générale, aux termes de laquelle les filles de famille ne pouvaient s'obliger civilement.

Cette question a donné naissance à deux théories.

D'après la première, cette incapacité n'était que relative, et tenait uniquement à ce que la *dictio dotis* était très limitée quant aux personnes, et à ce que la fille de famille n'avait pas de patrimoine. Mais rien ne l'empêchait de s'obliger par voie de *promissio*, et de s'obliger civilement. On invoque surtout, en ce sens, la l. 9 § 2 D. *De Sénat. cons. Maced.*

D'après la seconde opinion, les filles de famille pubères sont incapables de s'obliger, comme le sont, de l'aveu de tous, les fils et filles de familles impubères. La règle peut ainsi se poser : « La personne qui, étant *sui juris*, aurait besoin pour s'obliger de l'autorisation d'un tuteur, ne peut si elle est *alieni juris*, s'obliger civilement, même avec l'autorisation de celui sous la puissance duquel elle se trouve. » Voici en effet ce que dit Gaius L. 181 § 2. *De verb. obligat. Pupillus, licet ex quo fari cœperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur : pubes vero, qui in*

*potestate esl, proinde ac si paterfamilias, obligare solet. Quod autem in pupillo dicimus, idem et in filiafamilias impubere dicendum est.* » On pourrait, il est vrai, tirer des derniers mots un argument *a contrario*, et conclure que la femme impubère seule est incapable, tandis que la femme pubère est capable de s'obliger. Mais tout porte à croire que le texte primitif contenait *pubere*. En effet, on comprend très-bien l'utilité d'une phrase séparée, pour assimiler la fille de famille pubère à un pupille ; au contraire on ne la comprendrait pas pour l'assimilation de la fille impubère au pupille, c'est-à-dire d'un impubère à un impubère, et Gaius aurait tout simplement mis *pupillus pupillare*.

La dot ne peut être constituée qu'au mari lui-même.

Le mari est-il *sui juris* : il deviendra créancier ou propriétaire des choses dotales.

Est-il *alieni juris*, c'est la personne sous la puissance de laquelle il est placé, qui deviendra créancière ou proriétaire : en effet la dot a pour but de subvenir aux charges du mariage, elle doit donc aller là où sont ces charges : or, c'est le père de famille qui pourvoit à la nourriture et à l'entretien du fils et de sa famille. L. 56 § 1 et 2 D. *De jur. dot.* Mais lorsque le fils devient *sui juris*, par l'émancipation ou par la mort de l'ascendant, comme les charges du mariage le suivent, la dot le suit également, et elle passe toute entière dans son patrimoine. Le fils exercera ce prélèvement dans la succession du père,

comme si la dot lui avait été léguée par préciput. L. 51 D. *Fam. ercisc* 10, 2. Mais l'importance du prélèvement variera suivant que le père aura reçu lui-même la dot, et se sera ainsi obligé civilement soit par stipulation, soit par le fait même de la réception de cette dot, ou au contraire suivant que la dot aura été donnée au mari lui-même fils de famille, le père dans ce dernier cas, ne se trouvant obligé que d'après le droit prétorien : ce prélèvement en effet, comprend la totalité de la dot, si elle a été reçue par le père lui-même; il est restreint au montant du pécule ou du profit que le père a retiré si c'est le fils qui l'a reçue. C'est ce qui résulte de la L. 20 § 2 *Fam ercis.*

Mais quand le mari opère ce prélèvement, comme ses cohéritiers restent soumis à l'action de la femme, pour la restitution de la dot, il doit leur donner caution de les garantir contre cette action. L. 10, § 1. D. *De dot. prœleg.*

Si la dot ne peut être constituée qu'au mari lui-même, cela n'empêche pas que les actes juridiques qui servent à la constituer puissent être faits avec d'autres personnes que le mari ; ainsi ils pourront être faits avec les personnes qui se trouvent sous la puissance, soit du mari, soit de son père, et par l'intermédiaire desquelles ils peuvent acquérir.

Par suite, si un esclave se laisse promettre une dot, cette dot est acquise au maître, même à son insu. Seulement, tant qu'il n'a pas ratifié, la chose n'est pas à ses risques, et il ne répond pas plus de la perte de cette chose, par cas fortuit, que de l'insol-

vabilité du débiteur, alors même qu'il aurait mis de la négligence à le poursuivre.

De même, quand la chose a été livrée à l'esclave, le maître en acquiert bien la propriété, mais il n'a à sa charge les risques que du jour de la ratification.

Les choses se passeraient de la même façon, si au lieu d'un esclave, il s'agissait d'un fils de famille.

On comprend, d'après ce qui vient d'être dit, que la femme devait avoir la faculté d'imposer au mari l'obligation, à défaut de ratification, de lui restituer la chose donné en dot ou de la libérer de sa promesse. C'est ce que décide la L. 46. pr. D. *De jur. dot.* En effet, rien n'eût été plus injuste, que de maintenir l'obligation de la femme et de faire peser sur elle les risques de la chose.

La dot peut très bien être constituée à un autre que le mari, sur l'ordre de celui-ci. L. 19. D. d. l.

De même, la femme pouvait se constituer une dot par une *dictio* conçue en ces termes : « Dix seront à vous ou à Titius. » Que la femme paye à son mari ou à Titius, elle aura fait un paiement valable, et aura une dot de dix, qu'elle pourra réclamer à la dissolution du mariage, par l'action *rei uxoriæ.* Titius n'a figuré dans la *dictio* que comme *adjectus solutionis gratiæ.*

Il y a plus, rien n'empêche la femme de promettre une dot à Titius par exemple, sur la délégation du mari. Seulement, à la différence de l'hypothèse

précédente, où Titius n'a qu'un rôle, recevoir, ici, il a une action contre la femme pour se faire payer le montant de la dot. Mais dans l'un et l'autre cas, la dot est acquise au mari.

## SECTION III

### CE QUI PEUT ÊTRE CONSTITUÉ EN DOT

Tout ce qui fait partie du patrimoine peut être constitué en dot : une valeur quelconque, les meubles, les immeubles, les choses corporelles, les choses incorporelles, les corps certains, les quantités. Ainsi une femme peut se constituer en dot, ou toute autre personne peut lui constituer en dot, un esclave, un fonds, une créance, une somme d'argent.

On sait qu'en général, une promesse n'est pas obligatoire, quand elle porte sur un objet tellement indéterminé qu'on pourrait l'exécuter en donnant une chose d'une valeur dérisoire. La L. 1, C. *De dot. promiss.* (5. 11) fait une application pure et simple de ce principe, quand elle décide que l'objet de la dot doit être déterminé, et que si la dot est promise sans désignation de la quantité ou de la chose qui sera donnée en dot, la promesse est inutile. Pour que cette promesse soit valable, il suffit même que l'objet de la dot, tout en étant indéterminé, soit au moins déterminable. C'est ce qui arrive, lorsque dans la promesse de dot on s'en est référé, par ces expressions *quod cunque arbitratus fuerit,* à la convenance du promet-

tant, pour sa détermination, L. 3, *C. De dot. promiss.* En effet, le promettant est censé avoir entendu se référer à l'arbitrage d'un homme sage et raisonnable, à l'*arbitrium boni viri,* et s'il refuse de faire une appréciation équitable, le juge détermine le montant de la dot, qu'il fixe d'après la fortune du promettant et la condition sociale du mari.

La dot profectice nous offre l'exemple d'une dérogation remarquable aux principes que nous venons de poser. En effet, le père de famille qui ne détermine pas le montant de la dot, aura néanmoins fait une constitution valable, même s'il n'a pas fait mention d'*arbitrium.* L. 69, § 4 D. *De j. dot.*

La raison de cette différence entre la dot promise par le père et celle promise par toute autre personne, tient à ce que le père est tenu de doter sa fille, même s'il ne l'a pas promis ; dès lors, le juge qui aurait fixé le montant de la dot selon la fortune du père, en déterminera le montant lorsqu'elle aura été promise sans fixation de quotité. C'est ce qui établit, comme le fait remarquer le texte, une grande différence entre cette stipulation d'une dot indéterminée et le legs ou la stipulation d'un fonds indéterminé, quand le promettant ou le testateur ne possède aucun fonds. Ce legs et cette stipulation ne vaudraient pas, parce que les héritiers auraient la faculté, pour se libérer, de donner la moindre parcelle de terre, en la qualifiant de fonds.

Si la dot peut se composer d'une valeur quelconque, du moment que son objet est déterminé, peut-elle comprendre l'universalité des biens de la femme ?

Cujas a soutenu la négative (1).

Pour lui, la dot ne pouvait excéder un million de sexterces, et c'est la loi *papia* qui avait édicté cette prohibition.

Il se fondait sur une L. 2. C. Théodos. *De inofficiosis dot.* qui parle d'une dot constituée *in fraudem legis papiæ* qu'il rapprochait de divers passages, soit de jurisconsultes, soit d'écrivains, tels que Juvénal et Martial, dans lesquels il est question de *decies centena millia sestertiorum* donnés ou promis en dot.

D'où il concluait que le maximum de la dot était *decies centena millia*, maximum qu'il était défendu de dépasser.

Mais cette opinion n'a pas rencontré de partisans, et elle ne saurait être adoptée. En effet des textes reconnaissent d'une manière formelle le droit pour la femme de faire une constitution universelle de dot. Il suffira de citer ce passage des *fragm. vatic.* § 115 : « *Verum est quod a quibusdam dicitur, omnia in dotem dici, promitti, dari posse, argumento esse in magnum conventionem.* » Et en effet, quand la femme tombait sous la *manus* du mari, tous ses biens entraient du même coup dans le patrimoine du mari, *dotis nomine*. Cicér. *Top. C.* 4. Dès lors la convention devait avoir autant d'effet.

Il y a encore un texte formel, c'est la L. 4. C. *De jur. dot.* Voici ce qu'il est dit : « *Nulla lege prohibi-*

(1) Cujas. *Comm. in lib. VI. Quest. Pauli ad.* L. 43 D. *De adm. tut.*

*tum est universa bona in dotem marito feminam dare.* »

Que si l'on compare à ces textes ceux qu'invoque Cujas, il est aisé de démontrer que rien dans ceux-ci ne vient contrebalancer l'autorité qui s'attache à ceux-là.

Ainsi comme le dit très bien M. Pellat (2), « la disposition de la loi Papia à laquelle se réfère la L. 2. C. *Th. De inoff. dot,* est celle qui fixe la quotité qu'un époux peut recevoir à cause de mort de son époux, quotité qui varie, suivant les cas, depuis un dixième, jusqu'à la totalité des biens, voy. Ulpien, *Frag.* XV. et XVI. Une constitution de dot faite en fraude de la loi Papia serait celle qui procurerait au mari, par la retenue légale ou conventionnelle qu'il aurait droit de faire, en cas de prédécès de la femme, une somme qui, comparée à la fortune laissée par cette femme, excéderait le nombre de dixièmes que le mari peut recevoir d'elle dans les circonstances données. »

Quant aux écrivains qui parlent de dot s'élevant à *decies centena,* ils ont voulu seulement exprimer non pas le maximum de la dot, mais une dot considérable.

Quand, par l'effet d'une constitution de dot universelle, la masse active des biens de la femme passera aux mains du mari, la masse passive suivra-t-elle le sort de l'autre ; autrement-dit, le mari prenant tout l'actif, sera-t-il tenu du passif, et pourra-t-il être

(1) Pellat, Textes sur la Dot. page 335.

poursuivi par les créanciers ? On est tenté de répondre affirmativement. C'est cependant par la négative que la loi 72, D. *De jur. dot*, résout la question. C'est qu'en effet les jurisconsultes romains n'admettaient pas facilement que la masse des dettes d'une personne pût passer à une autre. Et puis, en réalité, le mari n'est pas un successeur *in universum*, mais à titre singulier, et il ne ressemble pas à un héritier ; ce n'est que par la tradition, la mancipation, la cession juridique des différents biens composant le patrimoine de la femme qu'il en devient propriétaire. Il n'a aucune action contre les débiteurs de la femme, à moins qu'ils ne s'obligent envers lui, ou que la femme ne le constitue *procurator in rem suam*. De même il ne deviendra débiteur des créanciers de la femme qu'au moyen d'une novation. Sans doute il peut se charger de les désintéresser, mais ceux-ci conservent leur action contre la femme.

Seulement, ce qui est certain, c'est que d'une part, vraisemblablement, la femme n'a pas entendu se dépouiller de l'actif et rester chargée du passif, et que, d'autre part, *bona non intelliguntur, nisi deducto œre alieno*; aussi, pourra-t-elle si elle a seulement promis la dot, sans l'avoir encore livrée, garder somme suffisante pour payer ses dettes : que si elle avait transféré tous ses biens au mari, il faut distinguer quel a été le mode de constitution de la dot. Si c'est en exécution d'une *dictio* ou d'une promesse, elle pourra répéter par la *condictio indebiti* : car elle a payé plus qu'elle ne devait, puisqu'elle a donné tous

ses biens, et que *bona non intelliguntur nisi œre deducto alieno.*

Si la livraison n'est pas faite en exécution d'une *dictio* on d'une promesse, elle aura soit la *condictio sine causa*, soit au moins une action *in factum* contre son mari.

Une condition est nécessaire pour que la femme puisse se constituer en dot tous ses biens; il faut qu'elle soit majeure de 25 ans: autrement, elle ne peut, même avec l'assistance de la personne qui doit la protéger, constituer en dot l'universalité de son patrimoine. Nous avons vu, en effet, que la loi 60 D. *De jur. dot.* impose au curateur l'obligation de refuser son consentement, quand la promesse de dot que fait la femme mineure n'est pas en rapport avec sa fortune et sa dignité.

La constitution de dot pouvait parfois donner lieu à des difficultés. Ainsi, Javolenus, L. 57 D. *De jur. dot.* suppose qu'une femme qui doit épouser un fils de famille, son débiteur, constitue par *dictio* une dot au beau-père dans ces termes: « Vous aurez en dot ce que votre fils me doit. » Que comprend la dot? Il y a deux manières d'interpréter cette *dictio*: ou bien on a voulu parler de ce que doit le fils, ou bien de ce que le père peut être contraint de payer par l'action de *in rem verso*. Le résultat est bien différent. En effet, dans le premier cas, la dot comprendra la somme due par le fils, tout entière, et dans le deuxième, elle sera formée de deux éléments: 1° la consistance du pécule; 2° la somme due par le fils qui a tourné au profit du

père. Il faudra, dans ce dernier cas, évaluer ce pécule. Pour cela, à quelle époque faudra-t-il se placer ? Au moment de la constitution de la dot, dit la loi, en supposant avec le Scholiaste des Basiliques que cette constitution de la dot a eu lieu au moment même où le mariage se faisait ou était sur le point de se faire. Autrement, la décision de Javolenus serait en désaccord avec celle de la loi 44, § 1, D. *De jur. dot.*, qui prévoit une hypothèse à peu près semblable. En effet, cette loi distingue selon que la constitution a eu lieu avant le mariage ou pendant le mariage : dans le premier cas, l'évaluation du pécule doit se faire au moment du mariage, car il n'y a de dot qu'autant qu'il y a de mariage ; dans le deuxième, au moment de la constitution.

S'il y a doute sur l'intention des parties, ajoute la loi 57, la présomption sera que la femme entendait constituer en dot le montant de l'obligation du fils. Mais dans la loi 44 § 1, Julien et Marcellus adoptent la solution contraire, et décident que ce qui sera *in dote*, ce sera la somme qui pouvait être obtenue du père.

La loi 58 § 1 D. *De jur. dot.* rapporte une autre hypothèse, présentant également une certaine difficulté : il s'agit d'une femme qui a constitué en dot par *dictio* une dette de son mari. C'est une esclave que lui devait Titius, et elle épouse Titius. Qu'y a-t-il de constitué en dot ? Est-ce l'esclave ? ou est-ce la libération de l'obligation ? Voici l'intérêt de la question. Si c'est le corps certain, lors de la dissolution du

mariage, la femme aura droit à reprendre non seulement l'esclave, mais encore à supposer avec le texte qu'elle ait eu un enfant, cet enfant.

Si au contraire, c'est la libération de l'obligation qui en est *in dote*, le mari ne sera tenu que d'une chose : remettre la femme dans la position où elle se trouvait avant le mariage : et si l'esclave existe encore, il sera bien obligé de rendre cette esclave, mais il pourra garder l'enfant, car lorsqu'on réclame, par l'action *ex stipulatu* ou par toute action *stricti juris* une chose qui n'a jamais été à nous, cette action ne comprend pas les accessoires, excepté après la *litis contestatio*, L. 38 § 7 D. *De usur et fruct. et causis* (22. 1.)

Voici comment le jurisconsulte résout notre question : Si au moment de la constitution de dot, le mari a l'esclave en son pouvoir, il est tout naturel de supposer qu'il l'a livrée à la femme, laquelle l'aura donnée en dot au mari ; de telle manière que la dot comprendra l'esclave, et bien entendu *cum sua causa*. Au contraire, le mari n'a-t-il pas, lors de la diction, l'esclave en son pouvoir, la dot consistera dans la libération de l'obligation.

La femme pouvait apporter à son mari, en dot, l'hérédité à laquelle elle était ou paraissait appelée L. 59 § 1 D. *De jur. dot.* et L. 13 § 10 D. *De hœredit petit*, (5 3.) Dans ce cas la bien que le mari ne possède les choses héréditaires qu'à titre de dot, à titre singulier, et ne soit pas tenu envers le véritable héritier de la pétition d'hérédité

directe, qui ne peut être intentée que contre celui qui possède *pro hœrede vel pro possessore*, cependant comme il possède un ensemble, *universitas*, on accorde contre lui la pétition d'hérédité *utile*, pour éviter de le soumettre à autant de revendications spéciales qu'il y a d'objets héréditaires : quant à la femme qui possédait *pro hœrede*, et qui est encore censée posséder cette hérédité, elle est tenue de la pétition d'hérédité directe.

Un usufruit peut aussi être constitué en dot. Il peut l'être dans diverses circonstances.

Ainsi la femme constitue en dot l'usufruit qu'elle a sur un fonds dont la nue propriété appartient au mari. La L. 78, Pr. D. *De jur. dot.* prévoit cette hypothèse. La cession *in jure* faite par la femme au mari dans ce but, n'a pas pour effet de rendre le mari usufruitier : l'usufruit se réunit à la propriété, et le mari de nu propriétaire devient plein propriétaire, autrement dit, il y aura confusion et il jouira non comme usufruitier, mais comme plein propriétaire. Il en résulte qu'il ne sera pas exposé à perdre son droit par le non-usage.

L'usufruit peut être constitué sur un fonds qui n'appartient pas au mari, mais au constituant, à la femme par exemple. L. 7, § 2. d. l. Dans cette hypothèse, le mari acquiert un véritable droit d'usufruit qu'il peut perdre par le non-usage.

L'usufruit peut encore être constitué sur un fonds dont la nue propriété n'appartient ni au mari, ni à la femme, par le propriétaire de ce fonds. Comme dans

l'hypothèse précédente, le mari acquiert un véritable droit d'usufruit.

Enfin, la femme peut constituer en dot à son mari l'usufruit qu'elle a sur un fonds appartenant à un tiers. Dans ce cas, l'usufruit reste sur la tête de la femme : le mari en a seulement l'exercice, qui reviendra à la femme lors de la dissolution du mariage, si elle arrive par la mort du mari ou le divorce.

On peut encore constituer en dot alternativement deux ou plusieurs choses : ainsi la femme peut promettre à son mari ce qu'il lui doit ou le fonds Sempronien ; le choix appartiendra à la femme, L. 46, § 1, D. *De jur. dot.* Si elle préfère donner le fonds Sempronien, elle pourra réclamer au mari le montant de la dette ; si au contraire son choix porte sur la somme qui lui est due, le mari ne pourra exiger d'elle le fonds.

Cette règle comporte toutefois une exception; il est une hypothèse, dans laquelle, d'après Cujas (1), la femme bien que la constitution de dot ait été faite sous une alternative, n'a pas le choix, c'est l'hypothèse prévue par la l. 44, § 1, D. *De jur. dot.* dont nous avons déjà parlé : lorsque la femme a constitué en dot à son mari ce que le fils de celui-ci doit à la femme, elle n'a pas la faculté d'exiger, à la dissolution du mariage, le montant total de l'obligation civile du fils. Elle ne peut réclamer que le montant de l'obligation du père. C'est qu'en réalité l'une des

(1) Cujas, *Comm. in lib.* XVI, *Dig. Juliani ad. d. l.*

deux choses comprise dans l'alternative est impossible. En effet, comme la femme ne peut fournir au père le moyen d'exiger le montant total de l'obligation du fils, la constitution de dot se borne forcément à ce que le père trouve dans le pécule.

En général la dot ne comprend que le capital de la chose constituée en dot : quant aux fruits et revenus ils ne sont pas dotaux : ils ont dû être employés par le mari pour faire face aux charges du mariage : c'est dire qu'ils ne doivent pas être compris dans la restitution de la dot : *dos, nisi matrimoni oneribus serviat, nulla est*, L. 76 h. t.

La loi 77 fait une application de cette règle, en disant que, lorsqu'une femme, au moment d'épouser son débiteur, lui constitue en dot ce qu'il lui doit, les intérêts à partir du mariage ne sont pas dotaux.

Mais il faut dire, malgré l'opinion de Cujas (1) que la convention des parties peut attribuer le caractère de dotalité même aux intérêts postérieurs au mariage.

Les textes en effet qui consacrent cette décision sont formels, L. 4. D. *De pact. dotal* (23-4), et L. 69 § 1 D. *De jur. dot.* Cette solution n'a rien d'ailleurs que de raisonnable ; car si les revenus sont destinés à subvenir aux charges du mariage, les parties sont libres de fixer à leur gré le capital productif de revenus.

(1) Cujas, *Comm. in lib. IV. Resp. Papin, ad. h. l.*

## CHAPITRE III

### EFFETS GÉNÉRAUX DE LA CONSTITUTION DE DOT

L'effet de la constitution de dot, en général, est de rendre le mari créancier ou propriétaire des choses données en dot.

Quand le mari devient créancier, l'action résultant de la créance n'appartient pas à la femme, en faveur de laquelle la dot a été constituée; elle appartient au mari, L. 5 C. *De dot. prom.*, (V. 11) et L. 69, § 6 D. *De jur. dot.* Voici l'hypothèse prévue par cette dernière loi. Une patronne a promis une dot à son affranchie : celle-ci se rend coupable d'ingratitude : d'une manière générale, le patron ou la patronne peuvent demander la révocation d'une donation faite à leur affranchie, en cas d'ingratitude de celle-ci. Cependant, la loi 69 nous dit que la patronne devra exécuter sa promesse : c'est qu'ici, en effet, l'action née de la promesse n'appartient pas à l'affranchie, mais au mari, et que celui-ci ne doit pas souffrir de l'ingratitude de sa femme.

Le mari peut demander non-seulement le capital de la dot, mais encore les intérêts, quand il a été convenu qu'il en serait servi jusqu'au paiement de la dot.

Toutefois, si on avait promis les intérêts pour subvenir à l'entretien de la femme, et que le mari

n'ait contribué en aucune manière à cet entretien, il serait mal venu à les réclamer. C'est ce que dit la loi 69, § 3 D. *De jur. dot.* Elle suppose que l'établissement de la femme a eu lieu au domicile conjugal, en l'absence du mari ; on sait qu'à partir de ce moment le mariage commence, pourvu que le consentement ait été préalablement donné de part et d'autre, soit par lettre, soit par messager. La femme a fait face à ses dépenses, avec son argent ou celui de son père. Le mari, de retour, réclame et le capital et les intérêts. Il sera repoussé, quant aux intérêts, par une exception de dol, car les intérêts ne lui avaient été promis qu'en vue de l'entretien de la femme, et cet entretien ne lui a rien coûté.

S'il avait contribué *de suo* à cet entretien, il aurait droit aux intérêts stipulés, et cela, sans qu'on ait à rechercher si les dépenses qu'il a faites égalent le montant de ces intérêts, à moins toutefois d'une convention expresse,

Le mari pouvait-il exiger du constituant la dot, dans son intégralité, ou seulement *in id quod facere poterat ?*

Labéon estimait que le bénéfice de compétence devait être refusé d'une façon absolue à celui qui avait constitué la dot, quel qu'il soit. L. 84, D. *d. l.*

Quant à Paul, il ne partageait cet avis que lorsque le constituant était un étranger ; mais quand c'était le père de la fille, il faisait une distinction, suivant que la dot était demandée pendant le ma-

riage ou après sa dissolution. Etait-elle demandée pendant le mariage, comme l'alliance subsistait entre le constituant et le mari, le premier ne pouvait être poursuivi que *in id quod facere poterat;* l'était-elle au contraire après la dissolution c'était une question de fait, et il ne pouvait invoquer ce bénéfice que s'il ne s'en était pas rendu indigne, en trompant son gendre par une promesse de dot qu'il savait bien ne pas pouvoir payer. L. 84, d. l. Lois 21 et 22, D. *De re judicata* 42, 1 : L. 17, D. *De solut. matrim.*.

Dans la L. 33, D. *De jur. dot.* Ulpien semble dire que tout constituant sans exception, pouvait opposer avec succès même au mari le bénéfice de compétence. Comment concilier cette loi avec les textes qui viennent d'être cités? Cujas (1) pense qu'il faut suppléer dans cette loi 33 les ellipses qui s'y trouvent, de la manière qu'il indique. Il en résulte que si la loi dit que le constituant n'est tenu que *in id quod facere potest*, c'est seulement envers la femme et non envers le mari. Cette explication est à peu près universellement suivie.

Quand c'est la femme qui a constitué la dot, on doit sans difficulté lui reconnaître le bénéfice dont s'agit puisqu'elle en jouirait, si, faisant partie d'une société elle était poursuivie par ses co-associés : or, si cela est vrai d'une société ordinaire, cela doit être vrai a *fortiori* d'une société où les membres sont

(1) Cujas, *observat. XII, 17.*

aussi intimement unis que dans le mariage. L. 17, § 1. *De solut. matrim.*

Il faut en dire autant du premier mari de la femme, qui, lors du second mariage de celle-ci, se trouvant son débiteur, lui aurait promis une dot en cette qualité. L. 32, D. d. l.

Le patrimoine de celui qui n'est tenu qu'à concurrence de ses facultés s'apprécie, *non deducto œre alieno*, L. 16, D. *De re judicata*; cependant les parties peuvent convenir que les dettes seront déduites, et cela à l'aide de plusieurs clauses. C'est ainsi que si le constituant a promis avec la clause, *quum potuero*, il faudra déduire ses dettes pour apprécier sa fortune; de même s'il dit : *quum commodum erit*, il faudrait également opérer la déduction des dettes, et même lui laisser assez de biens pour soutenir son rang. L. 125, D. *De verb. oblig.* (*50, 16*), et L. 79, § 1, D. *De jur. dot.*

Mais si le mari devient créancier par l'effet de la constitution de dot dans certains cas, est-il également certain que, dans d'autres, la constitution de dot lui confère un droit de propriété sur les choses dotales.

Ce droit de propriété nous paraît ressortir d'une façon indiscutable d'un certain nombre de textes; parmi ces textes, le plus décisif est sans contredit le passage suivant de Gaius. L. II, Inst. § 62 et 63: « *Accidit aliquando ut qui dominus sit alienandœ rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit alienare possit. Nam dotale prædium maritus, invita*

*muliere, per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum.* »

D'ailleurs est-ce que la loi Julia ne porte pas en elle-même la preuve la plus manifeste de ce droit de propriété? Comment en effet concevoir une prohibition d'aliéner édictée contre le mari, si le mari n'est pas propriétaire? Autrement, une pareille prohibition eut été dépourvue de toute espèce d'utilité.

Nous pouvons encore apporter d'autres témoignages, en faveur de cette opinion. C'est ainsi qu'il résulte de la L. 49 C. *De furtis* (47. 2) que les choses dotales sont la propriété exclusive du mari. Cette loi parle de l'action *furti*; et on peut conclure du passage de Gaius, *Comm.* III § 203, que cette action peut être valablement intentée par celui qui est à la fois propriétaire de la chose volée et qui avait intérêt à ce que le vol n'eût pas lieu. Or, nous voyons Gaius, malgré tout l'intérêt que la femme avait à ce que le *furtum* relatif à une chose dotale n'eût pas lieu, refuser à celle-ci l'action *furti*, pour l'accorder inclusivement au mari. N'est-ce pas évidemment la preuve que la femme n'a aucun droit de propriété sur les choses dotales, et que c'est bien le mari qui en est le seul propriétaire?

La même preuve résulte encore d'une façon non moins claire de la L. 24 D. *De act. rerum amot.* (25. 2). Ce texte prévoit un détournement commis par la femme au préjudice du mari.

Bien qu'au fond, il y ait un *furtum*, on ne donne

pas au mari la *condictio furtiva*, qui désigne le fait honteux reproché au défendeur : mais il a le choix suivant les cas entre l'action *rerum amotarum* ou la *condictio propter turpem vel injustam causam*, et si les choses existent, la revendication. Or, mettre sur la même ligne le cas où la femme a dérobé des choses appartient en propre au mari, et celui où elle a dérobé les choses dotales pour donner, dans l'un comme l'autre cas, la revendication au mari contre la femme, n'est-ce pas clairement indiquer que la propriété des choses dotales appartient au mari et non à la femme ?

Mais la preuve de toutes la plus décisive, réside dans un texte de Julien. La L. 7 Pr. Liv. XVI. *D.*

Cette loi prévoit l'hypothèse de l'acquisition par le mari d'un fonds grevé de servitude envers le fonds dotal.

On sait qu'en général, les servitudes s'éteignent par la confusion, c'est-à-dire la réunion sur la même tête de la qualité de propriétaire du fonds dominant et de propriétaire du fonds servant. Ceci posé, que faudra-t-il décider dans notre hypothèse ?

La solution est très simple. La femme conserve-t-elle la propriété des biens dotaux, rien ne sera changé à l'ancien état de choses ; entre les mains du mari, le fonds continuera à être grevé de la servitude envers le fonds dotal.

Est-ce au contraire sur la tête du mari que réside la propriété des choses dotales, par application du principe que nous venons de poser, il faudra sans

difficulté, décider que la servitude sera éteinte par confusion.

Or, reportons-nous à notre l. 7, et nous voyons Julien dire formellement : *servitus confonditur*.

Nous disions que c'est une preuve décisive du droit de propriété en faveur du mari : c'est qu'en effet pour que la confusion ait lieu, il faut absolument supposer que celui qui devient l'unique propriétaire du fonds servant, est aussi l'unique propriétaire du fonds dominant.

On est en droit de se demander comment, en présence de textes aussi formels, la théorie contraire a pu trouver quelque crédit. Elle invoque, il est vrai, plusieurs textes, pour soutenir que la femme était propriétaire des choses constituées en dot : ne pouvant entreprendre de les réfuter tous, nous prendrons les plus importants, et nous verrons qu'ils ne sauraient faire échec aux principes si nettement établis par les textes que nous venons de voir.

Paul, L. 21, § 4, *Ad municipalem* (50. 1). Les municipes avaient certaines charges à supporter : pour déterminer l'étendue de ces charges, on appréciait la fortune de chacun. Or la question qui se posait était celle-ci : la dot doit-elle être comprise dans l'évaluation de la fortune d'un homme marié ? Et Paul, tout en estimant que la dot est *in bonis mariti*, déclare qu'il ne faut pas faire entrer la dot en ligne de compte. Mais est-ce à dire que la raison en est que la femme seule est propriétaire des choses dotales, et non le mari ? Nullement ; et la

décision du jurisconsulte s'explique par cette double considération que d'une part le mari doit faire un certain emploi des revenus de la dot, et que dès lors, ils ne sont pas à sa disposition, et que d'autre part, il peut à tout moment être obligé d'opérer la restitution de ces biens, au profit de la femme.

Ulpien, L. 7, § 12 D. *De sol matr.* (24. 3). Dans ce texte, le jurisconsulte, s'occupant des valeurs que le mari peut retirer du fonds dotal, et que suivant les cas, il a le droit de garder ou non, se demande ce qui arrivera si des arbres qui ne sont ni *cæduæ* ni *cremiales*, c'est-à-dire ne rentrant pas dans la catégorie de taillis ou d'émondes, viennent à être abattus par le vent. Il répond que ces objets ne constituant pas des fruits, le mari, lors de la restitution, doit compte de leur valeur et il compare ce cas à celui où le mari aurait découvert un trésor dans le fonds dotal. Il va de soi qu'une moitié de ce trésor lui appartiendra, en sa qualité d'inventeur : quant à l'autre moitié, dit Ulpien, il devra en restituer la valeur, comme s'il l'avait trouvée sur un fonds appartenant à autrui « *pars ejus dimidia restituetur, quasi in alieno inverti.* » Qu'est-ce à dire, et doit-on conclure de cette expression que la propriété du fonds ne réside pas sur la tête du mari ? En aucune façon : il ne faut voir dans cette comparaison, qu'une application de ce principe général, à savoir que lorsque le mari acquiert à l'occasion du fonds dotal une chose, qui n'est pas un fruit, cette chose devient elle-même dotale, et en conséquence doit être restituée

à la femme. En effet, en principe, le mari, propriétaire du fonds dotal, devrait conserver le trésor en entier ; mais ce trésor n'étant pas un fruit, il devra le rendre en même temps que le fonds dotal, comme chose acquise à l'occasion de ce fonds, en conservant toutefois la partie à laquelle lui donne droit sa qualité d'inventeur.

Gaius. L. 81, § 1, *ad leg Facid* (35-2) : « Le legs de la dot par le mari est en dehors du compte de la loi Falcidie : en effet, la femme semble recouvrer sa propre chose. »

Loin d'être contraire à la théorie que nous défendons, ce texte lui serait plutôt favorable, car il suppose évidemment un legs valable : or, précisément il serait nul, si la femme était propriétaire des choses comprenant la dot, puisque ce serait le legs d'une chose appartenant déjà au légataire. Que veut dire Gaius en employant ces expressions : *scilicet quia suam rem mulier recipere videtur ?* Ceci seulement : c'est que la femme avait une action personnelle pour recouvrer les choses dotales. Autrement dit, c'est le legs de la chose due par le débiteur à son créancier ; or, ce legs est valable, pourvu qu'il confère des avantages au légataire. Ici, le legs procurera certains avantages à la femme, surtout si l'on suppose un legs *per vindicationem :* en effet, armée de son titre de légataire, elle pourra agir, non plus en qualité de simple créancière, mais bien en qualité de propriétaire.

*Tryphoninus*, L. 75, *De jur. dot.* « Quoique la dot appartienne au mari, elle est cependant à la femme.

Aussi a-t-on décidé avec raison que, si elle a apporté en dot un fonds non estimé, au sujet duquel elle avait fait la stipulation du double, et que le mari vienne à en être évincé, elle peut agir immédiatement *ex stipulatu*. Il importe en effet à la femme qu'il n'y ait pas éviction des choses dotales : elle est même dans ce cas censée subir l'éviction, puisque le fonds cesse de compter dans sa dot. Pour ces raisons, quoique la propriété appartienne au mari, la femme peut, pendant le mariage, invoquer la stipulation, pour que le mari continue à supporter les charges du mariage. »

Il importe tout d'abord de faire observer que, à deux reprises différentes dans ce texte, le jurisconsulte proclame que le mari est propriétaire des choses dotales, mais en même temps il affirme que la dot appartient également à la femme. Recherchons quel peut être le sens de cette dernière proposition. Une femme avait acheté un immeuble, à l'occasion duquel elle s'est fait promettre, suivant l'usage, par son vendeur, le double du prix en cas d'éviction, et cet immeuble elle l'avait donné en dot à son mari. Celui-ci, *constante matrimonio,* se voit intenter par un tiers l'action hypothécaire ou la revendication : le tiers triomphe, et le mari est évincé.

La question qui se pose est celle-ci : La femme peut-elle dès maintenant, *durante matrimonio,* agir *ex stipulatu duplæ* contre son vendeur?

Il y a deux cas, dans lesquels il ne peut y avoir de difficulté, et où l'affirmative doit être décidée :

1° Si le fonds a été apporté en dot avec estimation, la femme est considérée comme l'ayant vendu au mari, et comme elle est exposée *hic et nunc* à se voir actionner en garantie par son mari, elle pouvait immédiatement agir *ex stipulatu duplæ* contre son propre vendeur. L. 61 *De evict* (21-2) et L. 16 *De jur. dot.*

Tryphonnius ne s'occupe pas de ce cas.

2° Si le fonds a été apporté en dot sans estimation, la femme peut immédiatement actionner son vendeur. Toutefois une sous-distinction est nécessaire. A-t-elle donné le fonds au mari à titre de paiement, pour éteindre une dette antérieurement contractée envers lui par *promissio* ou *dictio*; dans ce cas encore, il faut sans hésitation reconnaitre à la femme le droit d'agir immédiatement *ex stipulatu duplæ* contre son vendeur: c'est qu'en effet, l'éviction subie réfléchit contre la femme qui va se trouver tenue envers son mari.

Au contraire, et c'est le dernier cas, le fonds apporté en dot n'a-t-il pas été donné à titre de paiement d'une obligation antérieure? Il semble que la femme ne devrait alors avoir le droit d'exercer l'action *stipulatu duplæ* qu'à la dissolution du mariage. Car d'une part, l'éviction subie par le mari ne fait pas naître à son profit une action contre la femme, et d'autre part c'est seulement à l'époque de la restitution de la dot qu'elle souffrira de l'absence de l'immeuble évincé dans cette restitution. C'est le point spécialement prévu dans notre texte.

Comment se fait-il donc qu'elle puisse agir dès maintenant, et être considérée comme évincée, là où le mari n'a aucun recours à exercer contre elle?

C'est qu'elle a intérêt à ce que le mari conserve entre ses mains le fonds dotal; en effet, c'est ce fonds qui permettait à ce dernier de faire face aux charges du mariage. Vient-il à disparaître, la femme est obligée, pour subvenir aux besoins de la famille, de sacrifier les revenus de ses paraphernaux. Il est donc bien certain que, bien que le mari soit propriétaire des choses dotales, la femme éprouve un dommage de l'éviction du fonds constitué en dot: il n'en faut pas davantage pour justifier l'exercice immédiat par la femme de l'action *ex stipulatu duplæ*.

Les autres textes qu'invoquent les partisans de la théorie que nous combattons, ne sont pas plus probants que ceux que nous venons de citer: il en résulte tout simplement ceci, c'est que, lorsqu'ils disent que la dot appartient à la femme, ils ne veulent en aucune manière dire que le mari n'en est pas le seul et vrai propriétaire, mais bien que la dot constitue pour la femme un avantage très réel.

Nous pouvons donc conclure qu'au moins à l'époque classique, la propriété du mari sur les biens dotaux est certaine.

Justinien a-t-il laissé intacts les principes de l'ancienne jurisprudence?

Bien que nous ayons déjà répondu à cette question par l'affirmative dans notre introduction, nous

croyons nécessaire de développer ici les raisons qui nous paraissent justifier cette manière de voir.

Avant Justinien, la femme n'avait qu'un *privilegium inter personales actiones,* c'est-à-dire qu'elle primait seulement les créanciers chirographaires de son mari. Si elle stipulait une hypothèque, celle-ci ne prenait rang qu'à la date de la convention; c'est cette législation que trois constitutions de Justinien vinrent compléter.

La première constitution est de l'an 529, L. 30,C. *De jure dot.* (*5, 12*).

Nous pensons avec M. Gide (1) que dans ce texte difficile, il faut tout d'abord distinguer deux parties: la première qui finit aux mots *per hypothecam vindicare* contient ce qu'il appelle le dispositif de la loi; la seconde qui commence aux mots *cum eœdem res*, n'en contient que les motifs.

Le droit conféré à la femme dans la première partie est une simple priorité de rang; cette préférence ne s'exerce que contre les créanciers chirographaires ou hypothécaires du mari, et non contre les tiers détenteurs; elle ne s'exerce également que sur les biens existant dans le patrimoine, non sur ceux qui en sont sortis. C'est, on le voit, un simple privilège, et nullement la création d'un droit de propriété pour la femme.

Or, ce que Justinien n'a pas reconnu à la femme dans la première partie de cette loi, il ne le lui a pas

(1) Gide, *Du caractère de la Dot en droit Romain* (2e édition, p. 536 et suiv.).

reconnu dans la seconde : dans cette seconde partie en effet, Justinien n'a voulu qu'une chose, non pas ajouter à la première, mais la motiver et la justifier. Et elle avait vraiment besoin d'une explication, cette loi qui conférait à un privilège le pas sur des hypothèques, qui faisait passer les créanciers hypothécaires après la femme, n'ayant, elle, ni hypothèque, ni droit réel. Et alors Justinien crée une fiction et permet à la femme de prélever les biens composant sa dot sur la masse comme s'ils étaient sa propriété : « *volumus eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere.* »

Cette anomalie que nous venons de signaler, à savoir que la femme primait les créanciers hypothécaires, sans être munie elle-même d'une hypothèque, Justinien, l'année suivante (530), la fit disparaître, en conférant à la femme une hypothèque tacite. Ce fut l'objet de la deuxième constitution, renfermée dans la loi *unique* C. *De rei uxoriæ actione* (5, 13).

Cette hypothèque, qui frappait aussi bien les meubles dotaux que les immeubles, permettait à la femme de suivre le meuble dotal aliéné par le mari, et d'agir contre le tiers acquéreur. Mais il n'en faudrait pas conclure que la femme se trouvait armée d'un véritable droit de propriété, et exerçait une véritable revendication ; non, c'était une simple action hypothécaire et la conséquence en est que le tiers pouvait la repousser soit en lui opposant le bénéfice de discussion, soit en lui payant la valeur due.

Enfin, par une troisième constitution de l'an 531 et qui forme la l. 12, C, *qui potiores* (8, 18), Justinien unit l'hypothèque au privilège, et en fait une hypothèque priviligiée, de telle sorte que la femme passera désormais avant tous les créanciers hypothécaires, même antérieurs au mariage.

Donc, ce que Justinien a conféré à la femme par ces trois lois, c'est un privilège, une hypothèque et une hypothèque privilégiée, mais ce ne sont et ce ne peuvent être là que des accessoires d'un droit de créance, et nullement d'un droit de propriété.

Nous pouvons donc conclure avec M. Gide (1) que même après toutes ces réformes « le principe suranné *dotis causa perpetua est*, qui avait été notre point de départ, nous le retrouvons encore en arrivant au terme. Sous Justinien encore, on peut dire : la dot est perpétuelle, puisque le mari acquiert sur elle un droit perpétuel, le droit de propriété. Mais si le principe est resté, toutes ses applications ont été si bien atténuées ou éludées, qu'il a presque entièrement disparu de la pratique, et qu'il faut le regard pénétrant du théoricien pour le découvrir. Aussi, durant ces longs siècles qui suivirent l'invasion des barbares, ce principe abstrait et subtil devait tomber en oubli et la femme devait devenir en droit ce qu'elle était déjà en fait, propriétaire de la dot. Ainsi disparut le dernier vestige de l'ancien principe *dos perpetua est*. »

(1) Gide, *loc. cit.* p. 542.

Le mari devient propriétaire, non pas seulement à la suite de la constitution de dot par *dation*, c'est-à-dire lorsque la femme lui transfère la propriété sans y être tenue par une obligation préexistante ; mais il peut le devenir encore quand la constitution de dot s'est opérée par *promissio* ou par *dictio*. Evidemment ce transport de propriété ne sera pas le résultat direct de cette *promissio* ou de cette *dictio* ; il faudra quelque chose de plus : il faudra soit la mancipation, soit la cession juridique, soit la tradition ; en un mot la chose donnée ne deviendra pas dotale, et ne sera pas la propriété du mari, avant le paiement ; mais, aussitôt ce paiement valablement effectué, les choses deviendront dotales, et en même temps deviendront la propriété du mari.

A partir de quel moment le mari devient-il propriétaire des choses dotales ?

Lorsqu'elles lui sont données pendant le mariage, la propriété en est acquise de suite au mari.

Mais si la constitution a précédé le mariage, il faut rechercher quelle a été l'intention du constituant.

1° Les choses données en dot sont fournies par la femme.

A-t-elle entendu que la propriété passât immédiatement aux mains du mari, cette propriété lui sera acquise *hic et nunc*, mais les choses ne seront pas encore dotales : que le mariage vienne à manquer, et elle aura la *condictio ob rem dati re non secuta*.

Au contraire, a-t-elle voulu différer la translation de la propriété jusqu'au moment de ce mariage, c'est

à ce moment seulement que le mari deviendra propriétaire, et si le mariage n'a pas lieu, elle pourra revendiquer entre les mains du mari les choses constituées en dot. L. 7, § 3 D. *De jur. dot.*

Si la femme a subordonné d'une manière expresse l'effet de la *dation* à la condition du mariage, elle sera réputée n'avoir voulu transférer la propriété qu'au moment du mariage.

La femme n'a-t-elle pas exprimé son intention, dans le doute, dit Callistrate, L. 8 D. *De jur. dot.*, on en conclut qu'elle a plutôt voulu rendre immédiatement le mari propriétaire.

2° Les choses dotales sont données par une personne autre que la femme.

Une sous-distinction est nécessaire.

Il faut en effet envisager si cette personne donne à la femme pour que celle-ci donne en son nom au mari, ou si elle donne directement au mari pour la femme.

Dans le premier cas, la femme devient propriétaire, qu'elle donne ou non les choses en dot. C'est qu'en effet la translation de propriété n'est pas subordonnée ici à une condition, mais est faite pour un but qui n'est pas atteint : la femme sera donc tenue par la *condictio ob rem dati re non secuta,* de retransférer la propriété à celui de qui elle la tient.

Dans le second cas, si la dation a eu lieu pendant le mariage, la propriété passe immédiatement au mari ; si elle a lieu avant le mariage, la question se tranchera par une distinction ; il faudra recher-

cher l'intention du tiers, comme nous avons recherché quelle était celle de la femme, quand la dation était faite par elle. L 9 *pr. d. l.*

Dans le doute, le constituant sera présumé avoir voulu transmettre, dès à présent, la propriété au mari. L. 8. D. *d. l.*

Une difficulté peut se présenter au cas où, l'intention du constituant ayant été de reculer jusqu'au mariage la translation de propriété, à cette époque, c'est-à-dire lors de la célébration du mariage, le constituant est décédé ; que décider ?

La difficulté vient de ce que, au moment où la translation de la propriété doit s'opérer, celui qui a donné n'est plus propriétaire : c'est son héritier qui l'est. Or, un héritier n'est tenu d'exécuter la volonté de son auteur qu'autant qu'il a consenti ou l'aliénation d'un droit réel, ou la constitution d'une obligation. Comme dans le cas qui nous occupe, rien de semblable n'a eu lieu, la rigueur des principes commanderait la solution suivante : c'est que les choses données ne seraient pas dotales.

Mais cette solution rigoureuse fut tempérée par faveur pour la dot, *favore dotium*, dit le texte, la L. 9, § 1. D. *d. l.*, et l'héritier était forcé de reconnaître comme valable la constitution de dot. Est-il absent ou s'oppose-t-il à la translation de propriété, elle aura lieu de plein droit.

### DE L'USUCAPION

Quand les choses constituées en dot ne sont pas

la propriété du constituant, le mari ne peut évidemment en devenir propriétaire : pour cela, il a besoin de l'usucapion. Seulement les règles qui régissent cette usucapion ne sont pas les mêmes dans tous les cas ; il faut distinguer suivant que la constitution de dot a été faite avec ou sans estimation.

1° *Les choses dotales n'ont pas été estimées.* — Ont-elles été livrées avant le mariage, de deux choses l'une : ou la tradition a dû, dans l'intention des parties, transférer immédiatement la propriété, ou au contraire, la volonté des parties a été que ce transport de propriété ne se produisit que lors du mariage. Dans le premier cas, le mari pourra bien usucaper, car la tradition a été pure et simple ; mais usucapera-t-il *pro dote ou pro suo* ? L'usucapion aura lieu évidemment *pro suo ;* car tant qu'il n'y a pas de mariage, il n'y a pas de dot, et partant pas de place à l'usucapion *pro dote*. Dans le second cas la vente étant conditionnelle, aucune usucapion ne peut se comprendre avant la célébration du mariage. L. 1, § 2. D. *pro dote* (41. 9).

Les choses ont-elles été livrées pendant le mariage, le mari usucapera *pro dote ;* et règle commune aux deux hypothèses, il lui suffit, d'après le droit commun, d'avoir la bonne foi au jour de l'entrée en possession. Il pourra ajouter au temps de sa possession celui pendant lequel sa femme a elle-même possédé.

2° *Les choses dotales ont été estimées.* — Le mari acquiert alors la chose comme acheteur, et il l'usu-

cape *pro emptore*; mais ce n'est qu'à partir de la réalisation du mariage, auparavant il ne peut usucaper à aucun titre, ni *pro emptore*, puisque, la vente étant en suspens, l'usucapion ne peut se produire, ni *pro suo*, parce que la femme n'a pu vouloir lui transférer la propriété qu'en vertu de cette vente, et non indépendamment de cette vente, tandis que dans le cas où la chose avait été livrée sans estimation avant le mariage, ainsi que nous l'avons vu, la femme pouvait vouloir transférer la propriété indépendamment de la qualité de dotale qu'elle devait revêtir par la suite. L. 2. D. *Pro dote* (41. 9). L. 2 § 2. D. *Pro emptore* (41 4). *Vatic. Fragm.* § 111.

Une autre différence entre notre hypothèse et l'hypothèse de la *dos inœstimata*, consiste en ceci: à savoir que, au cas d'usucapion *pro emptore*, la bonne foi est exigée, au regard du mari, et au moment de l'estimation et au moment de la tradition.

Si l'on suppose que le mari est évincé par un tiers qui l'actionne, avant que l'usucapion ne soit accomplie, aura-t-il recours contre le constituant?

Si l'on considère que la constitution de dot est un acte à titre gratuit, que partant, le constituant est un donateur, il faut poser en principe qu'aucune garantie n'est due en cas d'éviction de la chose constituée en dot. *Paul, Sent. lib.* v. tit. 11; — L. 18, § 3. D. *De donat.* (39. 5).

Mais ce principe souffre des exceptions:

C'est ainsi que rien n'empêche le constituant de stipuler d'une manière expresse la garantie; cette

promesse équivaut à une seconde donation, et est tout à fait licite. L. 2. C. *De Evict.* (8. 45).

Quand la dot a été constituée *in genere* au mari, par *dictio* ou par stipulation, et qu'ensuite, elle lui a été donnée en exécution de la promesse, l'éviction survenant, le mari aura le droit de recourir contre le constituant. Il lui avait promis, en effet, la propriété, et il ne la lui a pas donnée. Dès lors, le mari pourra lui demander d'exécuter cette obligation de *dare* au moyen de l'action née soit de la *dictio*, soit de la stipulation.

Que si la dation de la dot n'est pas le résultat d'une promesse antérieure, il faut distinguer si elle a eu lieu avec ou sans estimation. Au premier cas, l'estimation vaut vente, et de même qu'il pourrait se retourner contre un vendeur, de même il peut se retourner contre le constituant, par l'action *ex empto*. L. 16. D. *De jur. dot.* Au second cas, ce dernier ne s'est obligé ni par *dictio*, ni par stipulation, ni par vente, et la garantie n'étant pas de la nature des actes à titre gratuit, aucun recours n'est possible de la part du mari. Nous supposons bien entendu que le constituant ne s'est pas rendu coupable de dol, par exemple qu'il n'a pas donné une chose qu'il savait ne pas lui appartenir : autrement, en effet, le mari pourrait recourir contre lui par l'action de dol, ou bien par l'action *in factum*, si ses relations avec lui faisaient obstacle à l'exercice d'une action infamante.

Nous pouvons donc conclure que celui-là, qui de

bonne foi a donné en dot la chose d'autrui, sans estimation et sans y être tenu par une promesse antérieure, ne saurait être en aucune manière inquiété par le mari.

EFFETS DE L'ESTIMATION DONNÉE AUX CHOSES APPORTÉES EN DOT. — DE L'ESTIMATION « TAXATIONIS CAUSA »

Deux de ces effets nous sont déjà connus : nous savons en effet qu'au point de vue de la *Garantie* et de l'*Usucapion* il est important de distinguer suivant que la dot a été constituée avec estimation, ou au contraire sans estimation.

Mais il nous en reste d'autres encore, et non de moins considérables, à étudier.

On sait que le principe qui domine la matière, est que « lorsqu'une chose mobilière ou immobilière est apportée en dot au mari avec estimation, de droit commun et en l'absence de toute clause particulière, cette estimation vaut vente, c'est-à-dire que le mari est considéré comme ayant acheté la chose pour le montant de l'estimation (1). »

C'est de ce principe que découlent les conséquences que nous avons vues relativement à l'usucapion et à la garantie, et celles qui nous restent à voir.

Mais précisons bien tout d'abord le principe, et la portée qu'il convient de lui attribuer.

(1) Demangeat, *De la condition du Fonds dotal*, p. 39.

De ce que l'estimation vaut vente, faudra-t-il conclure que cette vente produira tous les effets qu'elle produit d'ordinaire, et qu'on devra de tout point assimiler d'une part le mari à un acheteur, d'autre part le constituant à un vendeur?

Evidemment non.

Ainsi, par exemple, dans une vente, le vendeur seul a un recours, lorsqu'il éprouve un préjudice considérable : ici, on viendra indistinctement au secours de la femme ou du mari selon que l'un ou l'autre aura été lésé par une estimation trop faible ou trop forte, L. 6, § 2, et L. 12, § 1, D. *De jur. dot.*; c'est que si dans la vente la spéculation est permise, au moins jusqu'à un certain point, elle ne l'est pas du tout dans la constitution de dot.

Ainsi encore, dans une vente ordinaire, l'acheteur évincé conserve pour lui l'indemnité intégrale qu'il obtient par l'action *ex empto*, et s'il a pris la précaution de stipuler le double en cas d'éviction, il conserve le montant qu'il recueille de l'action *ex stipulatu duplæ*. Au contraire le mari devra restituer à la femme tout ce qu'il retire de l'exercice de l'une ou de l'autre de ces actions, et non pas seulement le montant de l'estimation ; cette différence tient à la raison que nous indiquions tout à l'heure, à savoir qu'il faut exclure toute idée de spéculation de la constitution de dot. L. 16 D. h. t.

*A fortiori* doit-il en être de même, quand la chose dotale a été donnée sans estimation. Si la femme bien qu'elle fût libre de ne pas le faire, a

promis le double au mari, celui-ci devra, lors de la restitution de la dot, rendre à la femme l'indemnité tout entière qu'il aura obtenue. L. 52. D. h. t.

Le principe posé, il est facile de déduire les deux dernières conséquences, qui en découlent tout naturellement.

1° On sait que la loi Julia interdit au mari l'aliénation du *prœdium dotale*; or il est impossible de faire rentrer la chose accompagnée d'estimation dans le *prœdium dotale*, car l'estimation valant vente, ce qui se trouve *in dote*, ce n'est pas la chose estimée, mais bien le montant de l'estimation.

Le mari pourra donc, malgré la prohibition édictée par la loi *Julia*, disposer des choses apportées en dot avec estimation, comme des siennes propres.

2° Pour déterminer qui supporte les risques, du mari ou de la femme, il faut distinguer deux cas: la dot peut se composer de choses fongibles ou de corps certains.

Dans la première hypothèse, c'est-à-dire quand les choses peuvent s'apprécier au nombre, au poids ou à la mesure, il n'y a pas de difficulté: les risques sont pour le mari : il est en effet débiteur d'un genre, *et genera non pereunt* L. 42. D. *De Jur. dot.* Mais cette hypothèse est étrangère à notre question, car la solution est toujours la même, qu'il y ait estimation ou non.

Si au contraire nous nous demandons à la charge de qui sont les risques, dans le second cas, c'est-à-

dire lorsque l'objet de la constitution de dot est un corps certain, la solution sera bien différente, suivant que ce corps certain aura été donné avec ou sans estimation.

Y a-t-il eu estimation, il est bien évident que les risques sont pour le mari; en effet, il est considéré comme un acheteur; ce qu'il doit rendre, ce n'est pas la chose dotale elle-même, mais le montant de l'estimation; il est donc débiteur à tout évènement et si la chose dotale se détériore ou périt, c'est lui qui en subit les conséquences. L. 10 Pr. § 1 D. d. l.

On conçoit l'intérêt qu'a le mari, surtout lorsqu'il s'agit de choses très-périssables, comme des animaux, à ne pas avoir les risques à sa charge; aussi les parties pouvaient-elles déclarer que l'estimation ne valait pas vente.

Si la chose périt alors que la femme était en demeure de la livrer, les règles du droit commun sont applicables: l'estimation valant vente, la femme joue le rôle de vendeur: or le vendeur n'est pas libéré par la perte de la chose vendue, quand il a été mis en demeure: il doit des dommages-intérêts qui se compensent jusqu'à due concurrence avec le prix dû par l'acheteur. La femme n'aurait donc en pareil cas, aucune action. L. 14 D. d. l.

Mais, bien entendu, et toujours par application du droit commun, si la chose a péri avant que la femme fût en demeure de la livrer, la perte sera pour le mari. L. 15 D. d. l.

Il faut évidemment supposer, aussi bien dans cette

dernière hypothèse que dans celle prévue par la loi 14, que la perte est survenue après le mariage contracté ; autrement, la vente étant encore suspendue par une condition, la perte eût été pour la femme.

Voyons maintenant ce qui arrive, quand il n'y a pas eu estimation.

Ce que le mari doit rendre, dans ce cas, à la dissolution du mariage, ce sont les choses elles-mêmes en nature ; il est donc un débiteur de corps certains, et dès lors, il ne répond de leur perte et de leur détérioration qu'autant qu'elles lui sont imputables L. 10 *pr.* § 1 D. d. l.

Mais, de même que le mari, lorsqu'il supporte les risques, profite des avantages qui s'attachent à la chose, accroissement, augmentation, de même la femme, lorsque les risques sont à sa charge, jouit par contre des mêmes avantages. L. 10, § 1, D. d. l.

### DE L'ESTIMATION « TAXATIONIS CAUSA »

Nous avons vu que l'estimation pouvait être accompagnée d'une stipulation portant que les risques ne seront pas pour le mari, que la chose même devra être restituée à la femme. L'estimation est dite alors *taxationis causâ*. Quelle peut bien être son utilité ?

Cette utilité se manifeste sous deux aspects :

1° L'estimation *taxationis causâ* ne vaut pas vente, mais elle sert à régler l'indemnité que devra payer à la femme le mari reconnu responsable de la perte ou de la détérioration des choses données en dot ;

elle vaut donc seulement fixation de la somme dont le mari sera tenu si, par sa faute, il ne peut effectuer la restitution en nature.

De là, découlent trois conséquences :

La première, c'est que si les chòses sont immobilières, le mari ne pourra les aliéner;

La seconde, c'est que en cas d'éviction, le mari ne pourra recourir par l'action *ex empto*, en garantie, mais sera dans la même situation que s'il n'y avait pas eu d'estimation. L. 69, § 7. D. *De jur. dot.*

La dernière conséquence à tirer est relative à *l'usucapion :* le mari usucapera non pas *pro emptore*, mais *pro dote*.

2° Cette estimation a encore cet effet, dit M. Demangeat (1) « que le mari, qui de droit commun n'est tenu relativement aux choses dotales, que de la *culpa in concreto* des fautes qu'il ne commet pas habituellement par rapport à ses propres choses, L. 17 *pr.* D. *De jur. dot.*, devient responsable de la *culpa levis in abstracto*, c'est-à-dire qu'on le considère comme prenant l'engagement d'apporter à la garde ou à l'administration des choses ainsi estimées, les soins d'un bon père de famille : c'est du moins ce qu'il est permis de conclure par analogie d'une décision formelle que nous trouvons donnée en ce sens pour le cas de société, L. 52, § 3. D. *pro socio* (17-2). »

Le droit commun, du reste, est que l'estimation vaut vente ; il faut, pour y déroger, un pacte spécial

(1) Demangeat. *Loc. cit.* p. 44.

portant que, à la dissolution du mariage, le mari devra rendre à la femme les objets mêmes apportés en dot.

Un autre pacte pouvait encore déroger à la règle: l'estimation vaut vente: c'était celui par lequel on stipulait que le mari rendrait ou l'estimation ou les choses elles-mêmes. On n'a qu'à appliquer les principes des obligations alternatives, pour résoudre les différentes questions qui pouvaient se présenter: ainsi il est bien évident que le choix appartenait à celui des deux époux qui se l'était réservé. Que s'ils avaient gardé le silence sur ce point, le choix, dans une dette alternative appartenant au débiteur, c'est au mari qu'il appartiendra. Enfin, la chose avait-elle péri, l'autre obligation subsistait à la charge du mari, c'est-à-dire le paiement de l'estimation. L. 10 § 6 D. *De Jur. dot.*

Toutefois, il pouvait rendre la chose même détériorée, L. 11 d. l.

L'estimation peut avoir un caractère mixte, en ce sens que les parties peuvent lui faire produire tel ou tel effet, suivant les circonstances. La l. 50 D. *Sol. matr.* (24, 3), nous en offre un exemple. Il en ressort qu'on peut convenir que les choses existantes lors de la dissolution du mariage devront être rendues en nature par le mari; et que, pour les choses non existantes, celui ci paiera l'estimation qui leur a été donnée dans le principe.

Comme dans les deux hypothèses, les risques sont pour le mari, il est juste qu'il conserve non-

seulement les fruits, mais encore tous les produits des choses dotales, même ceux qui n'ont pas le caractère des fruits, tels que le part des esclaves, L. 18 D. *De jur. dot.*

L'époque à laquelle on donne une estimation aux choses apportées en dot est insignifiante: cette convention peut intervenir soit avant, soit après le mariage, soit après la constitution. L. 12 D. d. l.

Une seule condition est requise pour la validité de cette convention: c'est qu'elle ne cache pas une libéralité; les Romains prenaient cette règle tellement à la lettre qu'ils annulaient l'estimation emportant donation, alors même qu'elle était faite avant le mariage, sous le prétexte que, comme elle était faite sous la condition du mariage, elle ne commençait à produire effet que lors de la célébration du mariage. Ils ne s'apercevaient pas qu'ils allaient ainsi contre l'esprit de la règle prohibitive des donations entre époux, puisque le motif qui avait fait édicter cette prohibition, à savoir la crainte qu'un époux n'abuse de son influence sur son conjoint n'existe pas ici, ni aucune influence de ce genre n'est à craindre, L. 12 D. d. l.

# DROIT FRANÇAIS

## DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

### ORIGINE HISTORIQUE

« Il faut éclairer les lois par l'histoire, » a dit Montesquieu (1). Il faut, pour bien connaître une institution, remonter à sa source, la suivre à travers les âges, assister à ses développements progressifs, en un mot étudier son passé. Cet étude historique, toujours intéressante, l'est davantage encore, quand il s'agit de rechercher les origines de la donation de biens à venir autorisée par l'art. 1082 du Code civil, donation connue dans l'ancien Droit, sous le nom de *convenance de succéder* ou celui d'*institution contractuelle*, sous lequel on la désigne encore de nos jours.

(1) *Esprit des lois,* liv. XXXI, chap. II, *in fine.*

Il nous suffira de dire ce qu'elle est ou plutôt ce qu'elle était, un pacte sur succession future, une institution d'héritier par contrat, pour montrer combien ce serait peu connaître l'esprit du droit romain que d'aller y chercher et de vouloir y trouver l'origine de cette institution.

En effet, instituer un héritier par contrat, c'est faire un acte irrévocable, c'est s'enlever le droit de revenir sur son choix, sur sa détermination. Or, les Romains considéraient la liberté de tester comme une des libertés les plus précieuses, à tel point qu'ils ne permettaient pas qu'elle fût aliénée jamais par un contrat. Aussi, à Rome, l'institution d'héritier ne pouvait-elle avoir lieu que par testament : *hereditas testamento datur* (Cod. *De pactis conventis*, loi 5) ; une autre conséquence de ce principe était l'interdiction de tout pacte sur succession future. Il est vrai de dire qu'avec la décadence des mœurs, il y eut un motif de plus à cette interdiction : la crainte que celui auquel l'hérédité devait revenir n'attentât aux jours de son bienfaiteur.

Malheureusement ces craintes n'étaient que trop fondées et le *votum alicujus mortis*, que les Romains voyaient dans cette convention eût été trop souvent « pour le donateur un arrêt de mort »(1). Suétone ne raconte-t-il pas que Caligula envoya des mets empoisonnés à des testateurs qui l'avaient institué et dont

(1) Laboulaye. *Recherche sur la condition des femmes*, p. 390.

il trouvait la mort trop lente (1). Aussi les poëtes, les historiens et les jurisconsultes sont-ils unanimes à flétrir des épithètes les plus dures, les plus sanglantes cette spéculation qu'ils qualifient de « *spes prœmatura, improba, acerbissima, odiosa, plena tristissimi et periculosi eventus* (2).

Il est vrai qu'après avoir employé ces dernières expressions, et avoir ainsi foudroyé, au nom de la morale publique, les pactes successoires, Justinien les déclare valables, à cette double condition que le *de cujus*, aura donné son consentement à la convention et qu'il y aura persévéré jusqu'à sa mort. Il est encore vrai que par une constitution impériale de l'an 327, Constantin avait permis à la mère de faire le partage de sa succession entre ses enfants, et avait reconnu ce partage valable, pourvu toutefois qu'elle eût persisté dans sa volonté pendant toute sa vie.

Voilà donc des pactes successoires qui ont droit de cité à Rome. Mais remarquons que ce ne sont là que des dérogations tout exceptionnelles à la prohibition des pactes sur successions non ouvertes qui subsiste comme règle générale et que ces dérogations ne datent que de la législation du Bas-Empire. D'ailleurs, comment y voir même le germe de l'Institution contractuelle, alors que l'élément fondamental

(1) Suétone. Caligula, 38.

(2) L. 61. *De verb. oblig.* 45, 1. — L. 29, § 2. *De Donat.* 39, 5. — Horace, liv. II, satire 5. — Martial XI, 44. — Juvenal IV, 18 et 19. — Pline le jeune, let, 20. — Pline l'ancien, XIV, 1.

et nécessaire de cette dernière, à savoir l'irrévocabilité, fait défaut? Disons donc, avec M. Bonnet, que ces stipulations « se rattachaient plutôt à la forme des partages entre héritiers légitimes d'une même personne, qu'à la matière que nous traitons (1). »

Ces considérations devraient suffire pour démontrer qu'il faut porter ses investigations ailleurs que dans la législation romaine, si l'on veut découvrir le germe de l'Institution contractuelle. Mais, des interprètes, et des plus autorisés, avait cru trouver cette origine dans certains textes du Bas-Empire; il faut examiner ces textes, les analyser et montrer l'erreur dans laquelle ces auteurs sont tombés.

C'est d'abord la Novelle 19 de Léon le Philosophe, dans laquelle cet empereur valide la promesse d'égalité faite dans un contrat de mariage, par un père à son fils, convention qu'avaient déclarée nulle Valens et Gallien. Et Basnage de dire: Voilà l'origine de l'institution contractuelle. La réponse est bien simple, elle est décisive ; comme l'a fait remarquer en effet de Laurière, après Godefroy et Cujas, ce n'est que longtemps après la rédaction des coutumes qui autorisaient la convenance de succéder, que les Novelles de Léon ont été connues en France; elles ne l'ont été en effet que par la traduction qu'en donna Seringer en 1558 et Agylœus en 1560. Il est donc bien impossible que les rédac-

(1) *Des dispositions par contrat de mariage, et des dispositions entre époux*, 2e édition, t. Ier, p. 283.

teurs des coutumes se soient inspirés de cette Novelle 19.

On accuse quelquefois Furgole de partager l'opinion de Basnage ; c'est une erreur. Au contraire, le judicieux interprète de l'ordonnance de 1731, loin de reconnaître à l'institution contractuelle une origine romaine, déclare à plusieurs reprises que c'est « une disposition que le Droit Romain avait repoussée, et qui est purement du Droit Français qui l'a introduite », plus loin, « qu'on a dérogé à la jurisprudence romaine » (1), et enfin que « les institutions contractuelles doivent au Droit Français leur naissance, leurs formes et leurs effets (2). »

Mais si de Laurière a relevé l'erreur dans laquelle était tombé Basnage, il en est une non moins grave qu'il n'a pas su éviter : c'est de placer le berceau de l'institution contractuelle dans la loi 9 du Code *de Pactis*. Malgré les autorités considérables qui se sont ralliées à cette doctrine, telles que Merlin, Laferrière et Troplong, qui déclare, quant à lui, l'accepter « les yeux fermés », elle ne nous paraît pas pouvoir résister à un sérieux examen. On sait qu'il s'agit dans cette loi 19 d'un pacte intervenu entre deux soldats sur le point d'aller au combat, et qui conviennent que les biens du prédécédé appartiendront au survivant. Or, voici comment s'exprime de Laurière : « Dans le temps que Gerardus Niger

(1) Ordonnance de 1731, art. 13.
(2) Ordonnance de 1747, art. 12.

et Obertus de Orto composèrent le livre des Fiefs, on commençait à enseigner publiquement le Droit Romain. Ces rédacteurs y remarquèrent que les soldats pouvaient s'instituer l'un l'autre contractuellement, et, comme la possession d'un fief emportait alors l'obligation du service militaire, ils crurent pouvoir considérer comme soldats tous les posseurs de fiefs, et leur accorder en cette qualité le pouvoir de se faire des héritiers par contrat. »

Cette explication, fût-elle vraie, il resterait à démontrer « comment on étendit aux successions ordinaires un usage primitivement établi pour les seules successions féodales, et en second lieu, comment cet usage fut renfermé dans les conventions matrimoniales (1). » Mais il y plus : on sait de quelles immunités, de quelles faveurs, à Rome, étaient entourés les testaments des soldats; ils échappent au rigorisme et au formalisme du droit, pour n'obéir qu'à leur propre volonté; aussi ne s'agit-il en encune manière dans la loi 19 au Code de pacte successoire, mais bien d'un testament, comme l'a toujours soutenu Cujas.

C'est assez dire que cette disposition est essentiellement révocable, comme l'est toute disposition de dernière volonté, et qu'elle ne constitue pas, à proprement parler, une convention. Mais, comment dès lors songer à faire découler d'une pareille opération, révocable au gré des parties, une institution, essen-

(1) *Revue historique 1860*, t. VI, p. 297, Anouilh.

tiellement irrévocable, comme l'est l'Institution contractuelle?

Cette raison serait suffisante, pour nous faire écarter une théorie dont la base manque complètement; mais elle n'est pas la seule. En effet, le livre II[e], tit. 29 du livre des Fiefs, qu'on invoque, ne parle que de la *Morgingabe* ou dot germanique; or, ce passage de l'aveu même de de Laurière (1), n'a rien à voir avec l'institution contractuelle. En second lieu, de Laurière mérite lui-même le reproche qu'il adresse à Basnage, d'avoir fait un anachronisme. Car, il est hors de doute, que dès avant le XII[e] siècle, lors de la Rédaction du livre des Fiefs, les institutions contractuelles étaient entrées dans les mœurs et reconnues par les lois.

Un dernier argument s'élève avec beaucoup de force contre cette origine ; nous l'empruntons à Grenier. Voici en quels termes ils l'expose dans son *Discours historique* (2): « Si cette origine était vraie, dit-il, les institutions contractuelles auraient été admises de tout temps, au moins entre nobles, dans tous les pays du Droit écrit où l'on suivait le Droit Romain; cependant tous les auteurs conviennent que ce mode de disposition a toujours été regardé comme contraire aux dispositions du Droit Romain et qu'il a d'abord été établi dans les pays de coutume, d'où il ne s'est introduit que par la suite, dans les pays de droit écrit. »

(1) Pages 20 à 30. *Notes sur Loysel*, liv. II, IV, IX ; liv. V, XXV.
(2) Grenier. *Discours historique*, p. 131.

En résumé, nous pouvons maintenant conclure d'une manière certaine que sous peine de faire fausse route, il faut chercher ailleurs que dans le Droit Romain l'origine de l'institution contractuelle.

Cette origine, nous n'hésitons pas à la placer, non seulement, d'une manière générale, dans la loi Salique, suivant l'opinion de Cujas, Coquille, Loysel, Ricard et Lebrun, mais pour être plus précis, dans le titre 49 de la loi Salique. *De adframire.*

Les Germains, d'après le témoignage de Tacite (1), ignoraient complètement l'usage des testaments : « *Heredes tamem successoresque sui cuique liberi ; et nullum testamentum.* » Quand ils auront conquis la Gaule, et que le Droit Romain se sera infiltré dans leurs coutumes, il arrivera un jour où, la propriété territoriale venant à se créer et à se fortifier, et l'Eglise aidant, ils connaîtront les dispositions à titre universel et les testaments. Mais ce résultat fut lent à se produire, et la loi Salique, dont la rédaction se place sous Clovis (de l'an 481 à l'an 496), est muette sur le testament. En revanche, et contrairement aux principes de la législation Romaine, elle vise spécialement *l'institution d'héritier contractuelle*, donation entre-vifs, irrévocable, accompagnée de tradition solennelle et de mise en possession immédiate. Aussi lisons nous ceci, dans les Institutes coutumières de Loisel : « Institution par paction, en reconnaisance d'héritier simple

(1) Tacite. *De mor. Germ.* § 20.

ou mutuelle, et donation particulière par contrat de mariage vaut par la loi Salique des Français et ne se peut révoquer. »

C'est précisément dans le titre 49 de *adframire*, c'est-à-dire des dispositions en faveur d'étrangers, dont nous venons de parler, que se trouvent décrites les opérations juridiques, qui permettent de faire une institution contractuelle.

Ce texte fort curieux, mérite d'être reproduit *in extenso*. Nous en empruntons la traduction au savant auteur des *Dispositions par contrat de mariage* et des *Dispositions entre époux*, M. Bonnet (1).

LEX SALICA, TIT. 49. DE ADFRAMIRE (ID EST DE COLLATIONIBUS AD EXTRANEOS)

Hoc convenit observare ut Tunginus vel centenarius mallum indicent et scutum in ipso mallo habere debet, et postea tres homines, tres caussas demandare debent. Postea in ipso mallo requirant hominem qui ei non pertinet et sic festucam in laisum jactet, et ipse in cujus laisum festucam jactavit dicat verbum de fortunâ suâ, quantum ei

LOI SALIQUE (TITRE 49. DES DISPOSITIONS EN FAVEUR D'ÉTRANGERS).

Il convient d'observer ceci : le Tunghin ou Centenier indiquera l'assemblée *(le mall)*. Il aura soin de s'y munir d'un bouclier. Trois personnes viendront lui demander audience ; ensuite, elles appelleront dans le *mall*, dans le *plet* même, un homme qui soit étranger à celui qui se propose de disposer *(qui ei non pertinet)*. Celui-ci jetera un fêtu *(festuca)* dans le sein

(1) Bonnet. T. I. p. 289.

voluerit dare, aut si totam aut si mediam fortunam suam cui voluerit dare. Postea ipse in cujus laisum festucam jactavit, in casâ ipsius manere debet, et hospites tres suscipere, et de facultate suâ quantum ei datur, in potestate suâ habere debet. Et postea ipse cui creditum est, omnia cum testibus collectis, ista agere debet, et sic postea, ante regem, aut in mallo legitimo, illi cui fortunam suam deputaverit, reddere debet, et accipiat festucam in mallo ipso. Et ipsum quem hœredem deputavit ante XII menses, in laiso suo jactet nec minus nec majus nisi quantum ei creditum est, et si *contrà hoc aliquid dicere voluerit*, tres testes habere debet, qui jurati dicant, quod ibi fuerint in mallo, quod Tunginus *(in laisum)* de cet homme et lui dira combien il veut lui donner, si c'est la totalité ou seulement la moitié de son avoir. Ensuite celui dans le sein duquel il a lancé le fêtu se rendra dans son domicile, y fera séjour, y recevra trois hôtes, et y prendra possession de tout ce qu'on aura entendu lui donner. Celui qui est ainsi investi doit faire en sorte que tout se passe en présence de témoins, qu'il aura dû réunir à cet effet. Plus tard, en présence du roi ou d'une assemblée légalement formée, le donataire devra restituer la chose au donateur par le jet du fêtu dans l'assemblée même *(in ipso mallo)* et avant l'expiration de l'année le disposant devra jeter encore dans le sein de celui qu'il avait précédemment choisi pour héritier tout ce dont il l'avait gratifié *(in*

aut centenarius indixerunt. Et quomodo vidissent hominem illum, quod fortunam suam donavit in laiso, illius quem jam elegerat festucam jactare, et nominare debent qui festucam in laisum (electi) jactavit, nec non et illum in cujus laisum festucam jactavit, et illum quem *hœredem appellavit*. Similiter nominent alii testes jurati, et dicant quod in casâ illius, qui fortunam suam donavit, illi in cujus laisum festucam jactavit, ibidem mansisset, et hospites tres vel amplius collegisset, et pavisset, et ei ibidem gratias egissent, et in Beudo suo pultes manducassent, et testes collegisset. Ista omnia alii testes jurati dicere debent, quoniam in mallo legitimo vel ante regem illi qui accepit in laisum festucam fortunam suam *laiso suo jactet nec minus nec majus nisi quantum ei creditum est)* et pour le cas où le donateur voudrait élever plus tard contestation à ce sujet, le donataire aura trois témoins qui, après serment préalablement prêté, déclareront qu'ils étaient présents à l'audience fixée par le Tunghin, qu'ils ont vu le donateur jeter, en signe de gratification, le fêtu en pleine poitrine à celui qu'il avait choisi pour son héritier. Ils diront les noms de celui qui a lancé la paille dans le sein de l'héritier de son choix, et de celui dans le sein duquel cette paille a été jetée avec la qualification d'héritier *(quem hœredem appellavit)*. — D'autres témoins jurés les nommeront également et diront qu'il est à leur connaissance que le donataire a séjourné dans la maison de celui qui

donavit, et ille acceperit in mallo, hoc est (ante Theada vel Tunginum) fortunam illam, quâ hœredem illum appellavit, publice coram omnibus hominibus festucam in laisum ipse jactâsset, et hœc omnia novem testes debent affirmare.

avait fait acte de libéralité envers lui, en lui jetant le fêtu ; qu'il y a réuni des hôtes au nombre de trois au moins *(tres vel amplius)* ; qu'il les y a traités ; qu'il y a reçu les remerciements de ceux-ci, qui avaient mangé ses plats à sa propre table *(et in beudo suo pultes manducassent)*, et qu'il avait pris témoins de tout cela. D'autres témoins devront également, après prestation de serment, affirmer toutes ces choses et déclarer que dans l'assemblée légale ou devant le roi, l'un avait donné sa fortune à l'autre en lui lançant le fêtu ; que dans cette même assemblée en présence du Centenier *(ante Theada vel Tunginum)*, la gratification et la qualité d'héritier avaient été acceptées par celui-ci, qui, à son tour, avait publiquement lancé le fêtu à son bienfaiteur. Toutes ces

choses doivent ainsi être affirmées par neuf témoins.

Résumons cette curieuse pantomime : Le Franc qui veut transmettre tout ou partie de ses biens se rend dans le mall légitime ou devant le roi. Il nomme son héritier, celui qu'il veut ainsi gratifier, et lui jette un rameau dans le sein. Le donateur entre dans l'habitation du donataire, et en présence de témoins, prend possession de tout ce qui lui a été donné. Plus tard, il rend, par le jet du rameau, la chose au donateur, et, avant l'expiration de l'année, il reçoit à nouveau la branche dans son sein.

A partir de ce moment, l'institution devient irrévocable, et le Franc Salien se choisit un héritier, sans se préoccuper de l'ordre légal des successions.

Voyons quel est le caractère de cette opération juridique. Ce ne peut être une donation entre-vifs, puisqu'à trois reprises différentes, le gratifié est qualifié d'*héritier*. Ce ne peut être non plus un testament, car c'est un acte révocable de son essence, et nous voyons que le don est irrévocable. C'est précisément un acte *sui generis*, qui n'est autre que l'institution contractuelle : déjà en effet, se rencontrent les deux éléments qui la caractérisent le mieux, d'une part, l'irrévocabilité après un certain temps, l'an et jour ; d'autre part, l'institution d'héritier par contrat.

Assurément, il y a loin encore de cette cérémonie

à l'institution contractuelle, telle qu'elle a été formulée d'abord dans nos coutumes, puis dans notre Code civil ; mais ce n'est qu'une ébauche, et on ne peut demander à l'ébauche tous les attributs de l'œuvre. Ces attributs lui viendront avec le temps, au fur et à mesure que le formalisme des premiers âges disparaîtra, que des besoins nouveaux se feront jour, et que l'usage des institutions contractuelles deviendra plus fréquent.

Et ce serait étrangement se tromper que d'attribuer aux Germains les mêmes préventions qu'aux Romains contre les pactes successoires. Au contraire, alors que ceux-ci les prohibent, ceux-là les favorisent, et y ont recours fréquemment. Ils entrent vite dans les mœurs ; la preuve en est dans le traité d'Andelot passé vers la fin du VI[e] siècle (en 587) entre Gonthram, roi de Bourgogne et son neveu Childebert, roi d'Austrasie. Dans ce traité rédigé par écrit, on règlemente la succession de Gonthram, l'une des parties contractantes, et celle de Brunehaut, qui figure également à l'acte.

Ce document est intéressant à plus d'un titre ; car non seulement il montre que dès cette époque l'institution contractuelle était entrée dans l'usage, mais aussi que dès cette époque, un troisième élément est venu s'ajouter aux deux que nous connaissons déjà : ce troisième élément, c'est l'écriture.

Cet élément, un monument législatif ne tardera pas à nous en révéler l'existence. Nous voulons parler du titre XLVIII de la loi Ripuaire, rédigée pour

la première fois, sous Thierry, fils de Clovis, et révisée par les soins de Dagobert I^er^ (628-638). Quand on lit le texte du titre XLVIII de cette loi, et qu'on le compare avec le texte de la loi Salique, en est frappé de la ressemblance ; elle s'explique tout naturellement par ce fait que les deux tribus, les Saliens et les Ripuaires, avaient la même origine ; or, voici la traduction du titre XLVIII, *de Homine qui sine heredibus moritur* de la loi Ripuaire : « Si quelqu'un, n'yant ni fils ni fille, veut donner toute sa fortune en présence du roi, soit le mari à sa femme, soit la femme à son mari, soit enfin un parent à un autre ou même à un étranger, il peut, d'après la loi Ripuaire, adopter en hérédité, ou transmettre ses biens, soit par l'écriture, soit par la tradition et en employant des témoins. »

Ainsi, la tradition, de nécessaire qu'elle était, devient facultative, et l'institution contractuelle peut désormais résulter d'un contrat. La rudesse première va s'effaçant et tend à faire place à des dispositions plus en harmonie avec les progrès de la civilisation.

Que les parties aient recours soit aux formalités de la loi Salique, soit au simple contrat, reconnu par la loi Ripuaire, le droit conféré à l'institué aura toujours le même caractère ; dans un cas comme dans l'autre, l'institution lui conférera un droit assuré, irrévocable, à l'hérédité.

On a fait au texte que nous venons de citer plusieurs objections. Examinons en la valeur.

Tout d'abord de Laurière (1) et Merlin (2) donnent aux mots *adoptare in hereditatem*, le sens d'adoption.

Si tel est le sens vrai de cette expression, il faut en conclure que le mari pouvait adopter sa femme ou la femme le mari, car le texte porte ceci : *Sive vir mulieri sive mulier viro adoptare in hereditatem.* Or, comment songer un seul instant à soutenir sérieusement une pareille théorie! Evidemment, ces expressions ne peuvent avoir qu'une signification : la faculté de faire une institution d'héritier.

Ces mêmes auteurs continuent en se refusant à voir dans la *scripturarum series,* autre chose qu'un simple testament.

Mais une première pensée se présente à l'esprit.

Il est certain (3) en effet qu'à l'époque où nous nous plaçons, c'est-à-dire au VII^e^ siècle, le testament était déjà d'un usage fréquent parmi les Francs. Eh bien, n'est-il pas tout naturel de supposer que s'ils avaient entendu parler d'un testament, ils se seraient servis du mot technique, plutôt que d'avoir recours à une périphase?

En second lieu, le testament et l'irrévocabilité sont deux idées incompatibles, inconciliables. Pourtant, il ne saurait y avoir aucun doute sur le caractère d'irrévocabilité qui découlait de l'institution contractuelle, quel que fût le mode de transmission choisi.

(1) *Instit. contr.* t. I, p. 17, n° 13.
(2) *Rep. V^is^ Instit. contr.*, § 1.
(3) *Grégoire de Tours,* liv. VI, chap. 46.

Que faut-il donc entendre par ces expressions *scripturarum series ?*

Tout simplement, l'acte même, *l'instrumentum* du Droit Romain, destiné à prouver la formation du lien établi, et à assurer ce caractère d'irrévocabilité, qui distingue l'institution contractuelle du testament.

Ainsi donc à partir du titre 48 de la loi Ripuaire, l'institution contractuelle nous apparaît avec tous ses éléments, moins le contrat de mariage, que nous ne trouvons que plus tard : elle présente en effet une *transmission irrévocable,* une *désignation d'héritier,* et un *acte écrit.*

Il est vrai qu'un capitulaire de Charlemagne de 803 porte : « *Qui filios non habuerit et alium quemlibet hœredem facere tibi voluerit, coram rege, vel comite, vel scabinis, vel missis dominicis, qui tunc ad justitias faciendas in provincia fuerint ordinati, traditionem faciat.* »

Ce capitulaire n'a-t-il eu pour but, que d'indiquer les magistrats devant lesquels l'institution contractuelle pourrait s'effectuer, c'est-à-dire, l'empereur, ou ses délégués, ses comtes, ses échevins, ses *missi dominici ?*

Il est certain que les assemblées nationales, les malls légitimes de la loi Salique n'existaient plus, et que comme l'a dit Guizot : « Charlemagne a entrepris de ressuciter l'administration romaine, cette omniprésence du pouvoir impérial sur tous les points, qui avait fait la force de ce grand despotisme. »

Ou au contraire, faut-il y voir comme un pas en

arrière, et l'exclusion de l'écriture, de telle sorte que le seul mode permis de disposer de son hérédité par institution contractuelle eût été la tradition? Et on explique ce retour aux conditions matérielles de la loi Salique, par cette circonstance que Charlemagne, en allant fixer sa résidence à Aix-la-Chapelle, avait dû subir les influences locales ou de voisinage, et être ramené au vieux principe de l'investiture déjà abrogé à cet égard chez les Ripuaires.

De ces deux hypothèses, laquelle est la vraie? Il est bien difficile de le dire. Mais ce que l'on peut affirmer, c'est que l'on continua à se servir de l'écriture, et en effet un capitulaire ne tue pas une coutume, comme le fait observer M. Esbach (1); ce qui n'est pas moins certain, c'est que ce capitulaire témoigne, à n'en pas douter, de la vitalité de l'institution contractuelle, et de son adaptation aux mœurs germaniques et franques.

Nous venons d'assister à la naissance de l'institution contractuelle; avec le droit féodal, auquel nous arrivons, nous allons assister à son enfantement véritable, comme le dit M. Anouilh (2). En effet, le droit germanique et les capitulaires lèguent à la féodalité les pactes sur successions non ouvertes. « Elle va s'en emparer, dit cet auteur, et les accommoder aux nécessités de son existence. Sous son influence, l'institution contractuelle se forme, se

(1) Esbach. *Notice historique sur l'Institution Contractuelle. Revue de Législation,* 1840, p. 134.

(2) Anouilh. *Revue historique.* 1860. p. 302.

précise et se compose la physionomie que nous lui trouverons à l'origine de notre droit coutumier. »

C'est sous la féodalité en effet qu'elle va nous apparaître armée de tous ses attributs, revêtue de tous ses caractères ; nous verrons comment de libre qu'il était, le choix du contrat fut restreint au contrat de mariage.

On peut dire que jusqu'à la rédaction des coutumes, la convenance de succéder existe à l'état d'institution générale, et qu'elle se rencontre indifféremment dans tous les actes de la vie civile. C'est ainsi qu'au XIII[e] siècle, Pierre Desfontaines, dans les *Conseils à son ami*, chap. 15, § 7, s'exprime en ces termes : « La convenanche ke tu dis ki fut fète entre deux frères qui n'avaient nul enfant, ke li quez ki mourust devant, ses heritages revenist à l'autre, ne puet riens nuire al ainzné en franc-fié, ne as autres enfans en vilenage.... » Et Mazuer (1) nous dit : Ce que nous venons d'affirmer touchant les institutions testamentaires, n'a lieu en la *conventionnelle*, si elle est faite en contrat de mariage ou de société, car elle est bonne en tout et partout en faveur *desdits contrats.* » Et plus tard, nous voyons la coutume d'Auvergne répéter cette disposition (2).

Il ne faut pas chercher ailleurs que dans le Droit Romain, la cause de la relégation de l'institution contractuelle, dans le contrat de mariage ; on n'a pas oublié en effet combien les pactes sur succession

(1) *Pratica forensis*, tit. XXXII, n° 13.
(2) Art. 1. chap. 15.

future étaient peu en honneur à Rome. Aussi, lors de la rédaction des coutumes, les légistes qui étaient en grande majorité de fervents romanistes, car l'étude du Droit Romain était encore très cultivée à cette époque, firent tous leurs efforts pour battre en brèche l'institution d'héritier ; et c'est par une sorte de transaction entre les feudistes et ces derniers, que la convenance de succéder fut maintenue dans le contrat de mariage. Seule, la coutume de Berry se refusa à cette concession ; le rédacteur en était, il est vrai, le président Lizet, grand sectateur du Droit Romain, dit Guy Coquille.

Mais est-il vrai de dire que si l'on transigea, ce fut non pas par faveur du mariage, ce qui n'était qu'un faux prétexte, mais par faveur des alliances nobles ? Nous ne le pensons pas, nous avons une trop haute idée de l'indépendance des rédacteurs des coutumes ; d'ailleurs n'avons nous pas le témoignage de nos vieux auteurs, pour attester que chez nous, le mariage était entouré, de toute antiquité, de toute sorte de faveurs ?

A ce propos il est bon de montrer l'erreur de ceux qui, comme Montesquieu, affirment que tout d'abord « les seuls nobles eurent la liberté de disposer par contrat de mariage ; » c'est également l'opinion d'anciens auteurs, tels que Lebret, Hervé, Boïerus, Aufrerius, Benedictus et le président Bouhier. Il est facile de montrer d'où vient l'erreur. C'est qu'en effet pour eux, l'institution contractuelle ne date que du moyen-âge, c'est la féodalité que l'a créée ; dès lors ils ont été tout naturellement amenés à en con-

clure qu'étant un privilège de la noblesse, la noblesse seule ait pu y recourir, et qu'elle ait été inaccessible aux roturiers, au moins dans le principe.

Mais telle ne saurait être notre opinion à nous qui plaçons la naissance de l'institution d'héritier bien avant la féodalité. Aussi, sans nier qu'en fait l'emploi de la convenance de succéder ait été bien plus fréquent de la part des nobles à cause de son utilité au point de vue de la desserte des fiefs, que de la part des roturiers, nous ne saurions admettre qu'il ait été interdit à ceux-ci, pour être réservé et permis uniquement à ceux-là. Autrement, comment expliquer qu'on n'ait pas étendu les effet de l'institution à d'autres personnes qu'aux conjoints et à ceux qui pourront naître du mariage, et comment expliquer qu'on n'ait pas autorisé l'institution contractuelle en dehors de l'acte même qui règle les conditions civiles du mariage ?

Il suffit d'ailleurs de se rapporter aux coutumes du Bourbonnais, du Nivernais, d'Auvergne et de la Marche ; aucune ne fait de distinction, cette dernière même porte : « entre personne de franche condition. »

Nous pouvons donc conclure que, sans la faveur du mariage, l'institution contractuelle n'eût peut-être pas trouvé grâce devant les Romanistes ; mais au moins, une fois emprisonnée dans le contrat de mariage, notre institution se fortifia et se développa à telle enseigne qu'elle finit par envahir les provinces de droit écrit, et à y prendre rang de cité. Ce fait curieux est attesté par une coutume locale rédigée en

1510 dont voici la teneur : « La ville de la Chaise-Dieu, combien qu'elle se régisse par droit écrit, toutefois ont accoutumé que les convenances de succéder et autres apposées ès-contrats de mariage et associations, sont valables. »

On peut dire, qu'à partir de ce moment, l'institution contractuelle est de droit commun, aussi bien au Nord qu'au Midi. Plus tard, des ordonnances royales d'Orléans et de Moulins sous Charles IX, et de 1731 et 1747 sous Louis XV reconnaissent et règlementent son existence.

Pour avoir une vue d'ensemble sur tout ce que nous venons de dire, nous ne saurions mieux faire que de rapporter ces paroles de M. Benech (1) : « En résumé, il résulte des faits historiques que le germe de l'institution contractuelle réside dans les lois germaniques ; que ce germe fut puissamment développé par la féodalité ; enfin que son action fut, au contraire, contenue par le droit romain, et sa sphère d'action limitée dans le contrat de mariage. »

### PÉRIODE INTERMÉDIAIRE

On vient de voir quel rôle joua l'institution contractuelle sous l'ancien Droit, et sans partager l'opinion de Montesquieu et des autres auteurs que nous avons cités, on peut néanmoins affirmer qu'elle dut son développement aux avantages qu'elle offrait à

(1) *De l'élément gallique et de l'élément germanique dans le Code Napoléon.* Communiqué à l'Académie de Législation dans ses séances des 3 et 31 mars 1852.

la noblesse, en assurant la desserte des fiefs, et en favorisant la splendeur des grandes familles.

Elle n'était pas d'ailleurs la seule institution qui contribuât à ce résultat ; d'autres, comme le droit d'aînesse, les substitutions, les fidéicommis, la faculté qu'avaient les pères et mères en mariant leurs filles de stipuler la renonciation à leurs successions pour faire passer leurs biens entre les mains des mâles avaient le même but et le même effet : favoriser les grandes races.

Arrive la Révolution et avec elle la destruction de tout ce qui fut un appui pour la noblesse, et tout ce qui apparaît comme un privilège, comme un souvenir des usages féodaux. L'institution contractuelle ne devait pas être épargnée. Après l'abolition des privilèges de masculinité et de primogéniture, c'est le tour des substitutions le 14 novembre 1792, et une loi du 7 mars 1793 porte à notre institution un premier coup, en interdisant de disposer de ses biens en ligne directe, même par donation contractuelle. Une loi postérieure devait faire un pas de plus, c'est la loi du 17 nivôse an II : elle annulait, par un effet rétroactif, toutes les donations faites depuis le 14 juillet 1789 et les institutions contractuelles dont l'auteur était encore vivant à cette époque. L'institution contractuelle eût-elle mérité toutes les attaques dont elle était l'objet, c'était aller beaucoup trop loin ; car une loi ne devrait jamais, non-seulement supprimer des droits acquis, mais anéantir des droits ouverts et réalisés. Mais il faut tenir compte de l'agitation

fièvreuse qui présidait à la confection de ces lois ; aussi arrivait-il qu'elles étaient si peu claires que les tribunaux ne savaient se prononcer sur les réclamations qui leur étaient soumises. Dès lors, on songea à faire des lois interprétatives, telles que la loi du 18 pluviôse an V, qui maintient les donations et institutions contractuelles faites avant la loi du 7 mars 1793.

Au lieu de proscrire une institution utile, n'eut-il pas mieux valu savoir lui imposer une autre direction ?

Sans doute. Mais, en ces temps de crise, les esprits étaient surexités à un trop haut degré pour faire la part de ce qu'une institution pouvait présenter de bon, à côté de ce qu'elle avait de mauvais, et les hommes de la Révolution qui voulaient détruire les derniers restes des droits féodaux, les titres et les privilèges de la noblesse, pouvaient-ils bien faire autrement que d'anéantir l'institution contractuelle, dans laquelle ils voyaient l'appui de la noblesse, le vestige des usages féodaux !

Il appartenait aux rédacteurs du Code civil de ne pas tomber dans ces excès, dans ces erreurs. Ils ne pouvaient manquer de restituer à l'institution contractuelle la place qu'elle mérite d'occuper, à cause de son but éminemment moral, et de l'utilité considérable qu'elle présente.

# CODE CIVIL

## NOTIONS GÉNÉRALES

### NATURE ET CARACTÈRES DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE SON UTILITÉ

L'on interrogerait vainement tous les textes du Code civil, pour y découvrir ce nom d'*institution contractuelle* ; il n'y est pas, et rien dans les Travaux-Préparatoires ne vient indiquer les motifs qui ont déterminé le législateur à ne pas conserver cette dénomination si simple d'*institution contractuelle*, et à employer l'expression plus compliquée de donation de tout ou partie des biens que laissera le donateur à son décès.

Quelle peut bien être la raison de ce changement d'appellation ?

Faut-il y voir, avec M. Esbach (1) la crainte de « blesser les idées nouvelles, en inscrivant ce mot de féodale mémoire ? » Nous considérons, avec M. Demolombe (2), cette conjecture comme « peu vraisemblable », et cette crainte comme excessive. On connaît les idées de M. Esbach sur l'origine et le développement de l'institution contractuelle, et si féodalité il y a, c'est surtout dans sa mémoire.

(1) Esbach. *Loc. cit.* p. 127.
(2) Demolombe. *Donations entre vifs*, t. 6. n° 273.

Des raisons plus sérieuses et d'un tout autre ordre nous paraissent justifier l'interpellation adoptée par les rédacteurs du Code.

Il ne faut pas oublier en effet que le législateur venait dans l'art. 893 d'asseoir les bases d'une classification très simple des modes de disposer à titre gratuit, et les avait divisés en deux grandes catégories : les donations entre vifs et les testaments. Introduire un mot différent de la donation entre vifs et du testament, c'était, comme on l'a dit, briser l'unité et la simplicité de cette classification ; c'était s'obliger à créer une troisième catégorie, sous peine de voir réapparaître les incertitudes de l'ancien Droit sur la nature de notre institution.

D'un autre côté, il nous paraît très vraisemblable d'admettre avec M. Bonnet (1) qu'en ne conservant pas à la donation de biens à venir dont s'agit sa dénomination d'institution contractuelle, on a voulu par là même indiquer que cette donation pouvait ne pas comprendre l'universalité ou une quote part de la succession du donateur, condition indispensable pour que le donataire pût être considéré comme un héritier, mais qu'elle pouvait ne comprendre que des objets déterminés ou une somme à prendre dans la succession.

Quoi qu'il en soit, quels que soient les motifs qui ont amené le législateur de 1804 à ne pas conserver l'appellation primitive, il est hors de doute qu'il a

(1) Bonnet, *Des dispositions par contrat de mariage*, t. I, p. 280, v. la note.

conservé l'institution; non-seulement en effet, le tribun Jaubert disait dans son rapport : « Les institutions contractuelles continueront d'être autorisées en faveur du mariage. » (Rapport au tribunal du 9 florial an XII) (1); mais il suffit pour s'en convaincre de lire les articles suivants du Code 1082, 1083 et 1089, dans lesquels sont posées les règles qui la régissent :

Art. 1082. — « Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et « même les étrangers, pourront par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils « laisseront au jour de leur décès, tant au profit des- « dits époux, qu'au profit des enfants à naître de « leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait « à l'époux donataire.

« Pareille donation, quoique faite au profit seule- « ment des époux, ou de l'un d'eux, sera toujours « dans le dit cas de survie du donateur, présumée « faite au profit des enfants et descendants à naître « du mariage. »

Art. 1083. — « La donation, dans la forme portée « au précédent article, sera irrévocable en ce sens « seulement que le donateur ne pourra plus disposer, « à titre gratuit, des objets compris dans la donation, « si ce n'est pour sommes modiques à titre de récom- « pense ou autrement. »

Art. 1089. — « Les donations faites à l'un des « époux, dans les termes des art. 1082, 1084 et 1086

(1) Locré XI, p. 484.

« ci-dessus, deviendront caduques, si le donateur « survit à l'époux donataire et à sa postérité. »

Mais, avant d'entrer dans l'étude des règles établies par ces textes, il est indispensable de déterminer tout d'abord la nature même de l'institution contractuelle, et il convient pour cela de chercher quelle est, à cet égard, l'opinion de nos anciens jurisconsultes.

Ils sont loin de s'entendre; alors en effet que les uns veulent faire rentrer notre institution dans la classe des donations entre vifs, les autres y voient une donation à cause de mort, d'autres enfin en font une donation *amphibie*, ayant à la fois les caractères de l'une et de l'autre.

Ecoutons Lebrun (1) soutenir que l'institution contractuelle ne peut être une donation à cause de mort, mais bien une donation entre vifs : « On pourrait penser, dit-il, qu'elles sont des donations à cause de mort, puisque celui qui les fait songe nécessairement à sa mort et ne craint rien tant que le moment auquel elles doivent avoir effet; sa principale pensée est de prolonger sa jouissance et de reculer celle de l'héritier qu'il institue, *se cogitat*, etc. D'ailleurs, elles comprennent l'avenir, et elles n'ôtent point la faculté de disposer; la tradition de droit ne s'y trouve pas, qui est le principal caractère de la donation entre vifs. Il faut dire néanmoins que les institutions contractuelles sont des donations entre vifs parce qu'elles sont faites par contrat et irrévocables en tant

(1) Lebrun, *Des Successions*, liv. III, chap. 2, nos 6 et suiv.

qu'on ne peut en faire une seconde, ni déroger à l'institution par des actes qui n'aient leur effet qu'après la mort; or, c'est une maxime qu'un acte qui participe de deux diverses natures doit être réputé de celle dont il tient le plus; or, à cause de l'irrévocabilité elle se rapproche plus de la donation entre vifs. On peut la définir (et c'est la définition qu'en donnait M. Rousseau, professeur en Droit Français): une donation entre vifs du titre et de la qualité d'héritier, lorsque la succession de l'instituant sera ouverte. »

Ce système, que partageait aussi Boucheul (1), a été suivi par Pothier (2), et dans certaines provinces l'on considérait si bien les institutions contractuelles comme des donations entre vifs, que quelques coutumes (Touraine, art. 252, Maine, art. 262, Londumois, art. 4, chapitre XXVI) interdisaient à l'instituant jusqu'à la faculté d'aliéner à titre onéreux les biens qu'il possédait lors de l'institution.

Une seconde doctrine, défendue par de Laurière, Ricard, Renusson, soutenait au contraire que l'institution contractuelle était une donation à cause de mort. Les raisons de décider qu'on faisait valoir à l'appui de ce système peuvent se résumer aux trois suivantes : En premier lieu, l'institution contractuelle, aussi bien que la donation à cause de mort, est révoquée par le prédécès du gratifié; en deuxième lieu l'exécution de l'institution contractuelle est suspen-

(1) *Des conventions de succéder.*
(2) Introd. *au titre des successions*, appendice, n° 18 (C. d'Orléans).

due jusqu'au décès de l'instituant. Enfin on ajoutait que l'instituant se préfère à l'institué, et préfère l'institué à ses héritiers.

Entre ces deux théories extrêmes, se plaçait une théorie éclectique, qui nous paraît avoir beaucoup mieux compris le caractère mélangé, la nature complexe de notre institution ; elle avait pour défenseurs Furgole, Domat et Chabrol.

« Plusieurs auteurs, dit Furgole, ont parlé des institutions contractuelles et en ont expliqué les effets : mais je n'en ai trouvé là aucun qui en ait expliqué et développé exactement la nature. »

« C'est, ajoute-t-il, une manière de disposer en une convention que quelques auteurs ont appelée avec raison *amphibie* qui constitue une classe à part, et qui a ses règles particulières (1). »

Les institutions contractuelles apparaissent à Domat, comme ayant « leur nature mêlée de celle des testaments, et de celle des conventions, et leurs règles étant par conséquent mêlées de ces deux natures, on doit distinguer en chaque espèce, laquelle de ces deux sortes de règles on doit appliquer (2). »

Chabrol, enfin, professait la même doctrine, dans son commentaire de la coutume d'Auvergne : « C'est un genre singulier de disposition gratuite, dit-il, qui n'est ni donation entre-vifs, ni à cause de mort, mais qui a les caractères de l'une et de l'autre (3). »

(1) Furgole. t. 5, pages 100 et suiv., *Commentaire sur l'ordonnance de 1731*, art. 13.
(2) Domat. *Lois civiles*, liv. IV, chap. 10.
(3) Chap. 14, art. 16.

Assurément, cette théorie est celle qui met le mieux en relief la véritable nature de l'institution contractuelle, et qui lui donne sa physionomie vraie : celle d'un contrat *sui generis*, d'une convention *amphibie*, participant à la fois de la donation entre vifs, de la donation à cause de mort et du testament, et qui n'est, à proprement parler, ni une donation entre vifs, ni une donation à cause de mort, ni un testament.

De ces trois théories, que nous venons d'exposer, quelle est celle qu'a adoptée le législateur de 1804 ? Quelle est la nature de l'institution contractuelle, sous le Code Civil ?

Il est un système qu'il faut tout d'abord écarter pour deux motifs : C'est celui de Laurière, Ricard et Renusson, qui voyaient dans l'institution contractuelle une donation à cause de mort. Le premier motif, c'est que l'assimilation est inexacte : en effet, il était de l'essence de la donation à cause de mort de ne créer qu'un droit éventuel et essentiellement révocable au gré de la volonté du donateur, *si placuerit*. Au contraire, le droit que confère l'institution contractuelle, est un droit certain, irrévocable, le droit à tout ou partie d'une succession ; ce droit pourra, en fait, se trouver réduit par des actes à titre onéreux, ou par l'effet d'une mauvaise administration ; mais il ne saurait être entamé par des dispositions à titre gratuit, et quoi qu'advienne, il y aura toujours la chose donnée qui ne saurait disparaître entièrement, c'est-à-dire, la succession ou partie de celle-ci. En outre, à la différence de l'ancienne donation à

cause de mort, elle doit toujours être faite par contrat de mariage.

Mais il y a une seconde raison plus concluante encore : c'est qu'en effet si, avant le Code, la donation à cause de mort existait, et était consacrée par l'ordonnance de 1731 (art. 3 et 13), le législateur de 1804 dans l'art. 893 a prohibé toute disposition à titre gratuit qui ne serait ni la donation ni le testament. En ne reconnaissant que ces deux modes de disposer, il a donc par là même formellement proscrit la donation à cause de mort.

Si la donation de biens à venir n'est pas une donation à cause de mort, ce n'est assurément pas non plus un testament ; outre en effet que le testament est un acte unilatéral de volonté ambulatoire, alors que nous trouvons ici les deux éléments diamétralement opposés : un contrat et une volonté irrévocable, son nom même écarte cette idée.

Le législateur restait donc en présence de deux théories ; allait-il, suivant l'opinion de Furgole, Domat et Chabrol, considérer la donation de biens à venir comme une disposition d'une nature spéciale, n'étant ni une donation entre vifs ni un testament, participant de l'une et de l'autre, et pour laquelle dès lors, les règles à appliquer varieraient suivant les espèces, et seraient tantôt les règles de la donation, tantôt celles du testament ?

Au contraire, allait-il consacrer l'opinion de Lebrun, et penser avec ce jurisconsulte que la donation de biens à venir, étant *a nobiliori parte*, suivant

l'expression de ce dernier, une donation entre vifs, devait par cela même être rangée dans la classe des donations entre vifs ?

Cette question ne présente pas un intérêt purement doctrinal ; elle présente un intérêt pratique très important.

Est-ce en effet le premier système qui a été consacré par le législateur, il n'y aura pas *a priori* de règles auxquelles on doive se reporter de préférence ; il faudra uniquement envisager les caractères de la donation des biens à venir, et selon que ces caractères se rapprocheront davantage de la donation ou du testament, on appliquera les règles propres à la donation ou au testament.

Est-ce au contraire le second système que le Code a consacré, au lieu d'examiner pour chaque espèce, le caractère prédominant de l'institution contractuelle, afin de savoir quelles règles lui sont applicables, on aura recours en principe aux règles des donations entre vifs ; et ce n'est qu'exceptionnellement, lorsqu'un texte formel de loi y aura dérogé, ou qu'elles seront incompatibles avec le caractère particulier de la donation de biens à venir, que l'on devra faire appel aux principes qui régissent les testaments.

Pour nous, il apparaît clairement que les rédacteurs du Code se sont ralliés à l'opinion de Lebrun, et ont entendu que l'institution contractuelle fût régie par les règles des donations, à moins d'une disposition formelle ou d'une incompatibilité évidente.

C'était le sentiment de Potier, et l'on sait que Potier a été le guide habituel du législateur de 1804. En outre l'article 1082 qui régit la donation de biens à venir, est classé dans le chapitre VIII, intitulé : *Des donations faites par le contrat de mariage* ; d'un autre côté, l'art. 947, placé au siège des *Donations entre vifs*, au chapitre IV, en affranchissant de certaines règles les donations par contrat de mariage, prouve bien, qu'en dehors de ces exceptions, l'institution contractuelle, reste sous l'empire du droit commun des donations.

Cela ne veut pas dire que le législateur n'ait pas compris la nature complexe de l'institution contractuelle, et ait voulu lui assigner toujours les règles des donations, et c'est faute de l'avoir compris qu'on a pu reprocher aux rédacteurs du code d'avoir tenté l'impossible, en classant législativement l'institution contractuelle parmi les donations. Non, il n'a fait qu'une chose : considérant que les points de ressemblance sont nombreux entre l'institution contractuelle et la donation, qu'elles procèdent toutes deux d'une convention entre les parties, que la première donne naissance à un droit immédiat, irrévocable, quoique périssable ou susceptible de caducité, il a voulu la rattacher, pour ces motifs, à la classe des donations entre vifs, et indiquer très-nettement par là-même qu'elle serait régie par les règles des donations, en tant que ces règles ne seraient pas incompatibles avec les caractères qui lui sont propres.

La nature de l'institution contractuelle étant ainsi

bien nettement déterminée, on peut la définir : une donation de tout ou partie des biens que laissera le déposant à son décès, faite par contrat de mariage aux futurs époux ou à l'un d'eux, et aux enfants à naître du mariage.

Cette disposition apporte plus d'une dérogation aux règles du droit commun, et non aux moins importantes.

Parmi ces dérogations, il en est qui sont communes à toutes les donations faites en faveur du mariage. C'est ainsi que l'institution contractuelle sera dispensée de l'acceptation (art. 1087), qu'elle ne sera pas révocable pour cause d'ingratitude (quand c'est un tiers qui aura disposé au profit des époux ou de l'un d'eux), art. 959. C'est ainsi que si elle émane non pas d'un tiers, mais de l'un des futurs époux, au profit de l'autre, elle ne sera pas révoquée pour cause de survenance d'enfants, art. 960 ; c'est ainsi qu'elle peut être faite au profit de personnes qui ne sont pas encore conçues. Enfin c'est ainsi qu'elle déroge à l'art. 944 qui déclare nulle toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur ; puisqu'en effet le donateur par des aliénations à titre onéreux, ou la mauvaise administration de son patrimoine, peut réduire à néant la donation.

Mais ce n'est pas tout, et l'institution contractuelle présente deux autres dérogations notables au droit commun, qui lui sont plus spéciales, celles-là.

Tout d'abord, aux termes de l'art. 943, pour être

valable, une donation ne doit contenir que des biens présents ; si elle renferme des biens à venir, elle est nulle à cet égard. Or nous savons qu'il est de l'essence même que notre donation, comme son nom d'ailleurs l'indique, ne contienne que des biens à venir ; elle constitue donc de ce chef une importante exception à la règle posée dans l'art. 943, lequel, comme l'art. 944 cité plus haut, est une application de ce grand principe de l'*affectation du patrimoine à la famille*, qui se traduisait par la maxime bien connue : *Donner et retenir ne vaut.*

En second lieu, l'institution contractuelle bat en brèche cette règle si respectée des Romains et consacrée dans notre droit par un texte formel, l'art. 1130, qui prohibe tout pacte sur succession future.

Sans doute pour justifier d'aussi nombreuses et d'aussi importantes exceptions au droit commun, il faut de graves et puissantes considérations. Or l'encouragement au mariage ne doit-il pas être pour le législateur la première des préoccupations et des considérations ! Il ne faut pas chercher ailleurs l'explication des immunités dont jouissent les donations par contrat de mariage. « Loin d'encourager les mariages, disait Bigot-Préameneu, ce serait y mettre obstacle si on ne donnait pas le plus libre cours aux donations sans lesquelles ces biens ne se formeraient pas ; les contrats de mariage sont des liens entre deux familles pour lesquelles on doit jouir de la plus grande liberté ; la dotation actuelle doit être presque

toujours subordonnée à des dispositions sur les successions futures ! (1) »

On ne doit pas dès lors être surpris des prérogatives attachées par la loi à ces donations et spécialement à l'institution contractuelle ; car, à raison de sa nature même, elle répond merveilleusement au but que s'est proposé le législateur.

Sans doute la donation entre vifs de biens présents est plus avantageuse pour les futurs époux, qui, pour faire face aux dépenses et aux frais du ménage, à l'entretien, à la nourriture et à l'éducation des enfants, ont besoin s'ils n'ont pas de fortune, de fonds disponibles, de ressources actuelles, immédiates; mais si cette disposition est avantageuse pour le donataire on comprend qu'elle l'est beaucoup moins pour le donateur. Quelqu'affection qu'il ait en effet pour les futurs époux, il peut hésiter à se dépouiller actuellement, et à appauvrir sa propre famille.

Dira-t-on qu'il lui reste la faculté de faire un testament au profit des époux ?

C'est vrai ; mais qui oserait jamais fonder une famille sur la foi d'une disposition toujours révocable et aussi fragile ?

Il fallait trouver une combinaison qui ne présentât les inconvénients ni de la donation, ni du testament, qui, comme le dit M. Demolombe « sans dessaisir actuellement le disposant de la propriété de ses biens en assure pourtant la transmission aux époux pour

(1) Locré, XI, p. 417.

l'époque de sa mort, avec une suffisante garantie d'irrévocabilité.

Eh bien, ajoute notre grand jurisconsulte, c'est précisément cette combinaison que l'institution contractuelle réalise, par le mélange des principes de la donation entre vifs qui est irrévocable, et des principes du testament qui ne s'ouvre que par la mort du disposant (1). »

En effet, comme le fait observer M. Anouilh (2), « elle concilie d'une manière heureuse l'intérêt du donateur et celui du donataire, en laissant au premier l'administration et la jouissance des biens donnés, même le droit d'en disposer dans une certaine mesure, et en assurant au second un droit irrévocable de succession. » Cette institution est donc par elle-même éminemment propre à favoriser le mariage, « qui forme les familles, cette pépinière des Etats. » Aussi, est-il permis de regretter qu'elle n'ait pas conservé dans nos mœurs tout le crédit et la faveur que semblaient devoir lui assurer ses incontestables avantages pratiques.

---

(1) Demolombe. T. XXIII, p. 308, n° 272.
(2) Anouilh. *Rev. hist. du Dr. Franç., 1860*, p. 333.

## CHAPITRE Ier

### FORMES DE L'ACTE PAR LEQUEL L'INSTITUTION CONTRACTUELLE PEUT AVOIR LIEU

C'était une règle à peu près universellement admise dans notre ancien Droit, que l'institution contractuelle ne pouvait être faite en dehors du contrat de mariage même, et l'art. 13 de l'ordonnance de 1731 la reproduisait expressément: il n'y avait d'exception que pour la coutume d'Auvergne qui l'autorisait également dans une clause d'association universelle, et encore convient-il de faire observer que les caractères de cette institution d'associé étaient bien différents des caractères de l'institution d'héritier: en effet la dissolution de la société, la survenance d'enfants l'éteignait, et Merlin fait remarquer qu'elle ne conférait pas, à proprement parler, un droit héréditaire à l'associé survivant: par la remise des actions *pro socio et communi dividundo*, elle dispensait uniquement du partage des biens dont il était déjà propriétaire par indivis.

D'après le jurisconsulte Benedicti *(ad cap. Raysect. duas habens filias*, n° 200), elle était encore valable, quand elle était faite entre deux frères, hors contrat de mariage, et même dans d'autres cas.

Voici à ce sujet, le sentiment de Furgole : « je doute, dit-il, que hors des lieux où il y a coutume

ou usage qui autorise l'institution contractuelle faite autrement qu'en faveur du mariage, on puisse la considérer comme valable et efficace. »

Elle était en elle-même frappée d'inefficacité ; autorisée uniquement en faveur d'un mariage à contracter, elle tirait sa validité du contrat même qui allait en régler les conditions, et ne devait dès lors être insérée que dans ce contrat, sous peine de nullité.

*Nec sufficit*, disait Dumoulin, sur Auvergne, tit. XIV, art. 26, *quod fiant in favorem, sed quod sint in ipso contractu, ut sint pars pactorum dotalium.* Et sur l'art. 17 : *Clausulæ positæ extra hunc contractum, manent sub regula communi.* Auroux du Pommiers (1) va nous donner l'explication de cette exigence : « La première condition nécessaire pour la validité des institutions contractuelles, dit-il, est qu'elles soient faites dans les contrats de mariage parce que les institutions d'héritiers, contraires au droit civil, et à l'esprit de notre coutume, qui ne permet pas de choisir nous-même un héritier, et qui ne veut pas que nous en ayons d'autres que ceux que la loi du sang nous a donnés, n'ont été admises que par la faveur extrême des contrats de mariage. »

Dans les pays de coutume, où le contrat de mariage devait être rédigé avant « la foi baillée et la bénédiction nuptiale », il était tout naturel, et c'est ce qui avait lieu, d'exiger que l'institution contrac-

(1) *Sur Bourbonnais*, art 219.

tuelle eût lieu avant le mariage ; mais même, dans les pays de droit écrit, où les époux pouvaient stipuler le règlement de leur association, quant aux biens, après la célébration, l'institution contractuelle n'était pas permise après le mariage. « *Etiamsi*, dit Dumoulin, *tractatus iste diù præcedat matrimonium, secùs si sequatur.* »

Remarquons qu'elle devait avoir lieu en la forme authentique puisque les contrats de mariage étaient rédigés devant notaire ; toutefois la coutume de Normandie faisait exception et le contrat de mariage pouvait y être fait sous signatures privées : dès lors, sous l'empire de cette coutume, la convenance de succéder pouvait être faite en cette dernière forme.

Que doit-on décider aujourd'hui ? La solution de notre ancien Droit doit-elle encore être suivie ? Ou suffit-il que la donation de biens à venir soit faite en faveur du mariage par acte authentique ?

Malgré l'autorité de plusieurs jurisconsultes (1), qui enseignent cette dernière théorie, nous n'hésitons pas à penser que, pour être valable, l'institution contractuelle doit être renfermée dans un contrat de mariage, ou dans un acte qui se réfère à un contrat de mariage antérieur, conformément aux articles 1396 et 1397.

Voici en effet comment s'exprime l'art. 1082 : « Les pères et mères, les autres ascendants, les parents

(1) Merlin-Répert. V° *Institut. contract.* p. 3, n° 2 ; et *Quest. de Droit*, V° *Remploi*, n° 4. — Toullier, t. III, n° 830. — Grenier, t. III, n° 426, sous l'art. 1082, n° 2.

collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, *par contrat de mariage*, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès. »

Ce texte est précis : l'institution contractuelle doit être faite par contrat de mariage ; or, il ne faut pas l'oublier, nous sommes dans une matière tout exceptionnelle, où les dérogations les plus graves sont apportées non seulement aux conditions essentielles des donations entre vifs, mais encore au principe écrit dans l'art. 791, qui interdit tout pacte sur succession future ; elle doit donc être strictement renfermée dans les termes mêmes de la loi ; et ce serait l'en faire sortir que de la permettre en dehors du contrat de mariage.

Il n'a rien moins fallu que la considération du mariage pour autoriser cette donation ; et pour être certain que le mariage était bien la cause déterminante de l'institution, le législateur a voulu qu'elle fût faite par le contrat qui se rattache nécessairement au mariage et non pas une donation en faveur du mariage, qui ne présenterait pas la même garantie.

D'ailleurs, les considérations qui avaient fait prévaloir cette théorie dans notre droit coutumier, sont toujours vraies, et il est encore vrai de dire avec Lebrun et Auroux du Pommiers (1), que les institutions contractuelles sont « *contraires* au droit civil..., et qu'elles n'ont été admises que par la faveur extrême des contrats de mariage. »

(1) Auroux du Pommiers. *Loc. cit.*

Une dernière raison a été indiquée par Laurent (1) : la voici : « La libéralité est souvent faite en vue du régime adopté par les futurs époux ; il est donc bon que la donation se fasse par le contrat de mariage même, dont elle devient une clause. »

Tout concourt donc, et le texte si formel de l'art. 1082, et le caractère exceptionnel de l'institution contractuelle, et l'intention du législateur, pour faire écarter l'opinion des auteurs que nous avons cités, et pour nous amener à conclure que pour être valable, la donation de biens à venir doit être nécessairement faite par contrat de mariage.

C'est à peine s'il est nécessaire d'ajouter que par contrat de mariage, il faut entendre avec la loi, non-seulement le contrat proprement dit, mais de plus les changements ou contre-lettres, intervenus postérieurement au contrat, conformément aux dispositions des art. 1396 et 1397. Mais il va sans dire que les conditions exigées par ces textes devront être remplies, c'est-à-dire que ces changements ou contre-lettres devront être constatés en la forme authentique, en présence et avec le consentement des personnes qui ont été partis au contrat de mariage. Ils forment dès lors la partie intégrante de ce contrat.

Il est une question qui ne faisait pas de doute dans l'ancien Droit, et qui ne saurait en faire davantage aujourd'hui : c'est la question de savoir si l'institution contractuelle est soumise à la nécessité de l'acceptation

(1) Laurent. *Principes de Droit civil français.* T. XV. (3ᵉédition, p. 229).

solennelle, exigée par les donations ordinaires. Nos anciens auteurs étaient unanimes à proclamer qu'elle n'était nullement nécessaire, qu'elle résultait du seul fait de la célébration du mariage, et qu'il serait souverainement injuste de dépouiller, faute de cette formalité, les enfants d'une libéralité qui avait peut-être été la cause déterminante du mariage. Sous l'empire du Code, la dispense de l'acceptation expresse est écrite dans l'art. 1087, dont voici les termes: « Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation. »

On sait qu'aux termes de l'art. 939, toute donation entre vifs de biens immobiliers, doit être suivie de la transcription, et aux termes de l'art. 948 que tout acte de donation d'effets mobiliers doit être accompagné d'un état estimatif; on sait par contre que le testament est dispensé de l'une aussi bien que de l'autre de ces deux formalités.

Quelles règles seront applicables à l'institution contractuelle? Seront-ce les règles de la donation ou celles du testament?

En ce qui concerne l'état estimatif, il n'y a pas de difficulté. On s'accorde à reconnaître, aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence, qu'il n'est pas nécessaire; c'est uniquement en effet par application de la maxime: *Donner et retenir ne vaut*, qu'il est exigé dans la donation entre vifs ordinaires. Le législateur a voulu qu'elles fussent irrévocables, et pour assurer cette irrévocabilité, il a prescrit la formalité

de l'état estimatif. Mais ici, c'était bien inutile, puisque nous sommes en présence d'une disposition irrévocable, en soi, il est vrai, et quant au titre qu'elle confère à l'institué, mais révocable en ce sens que l'instituant ne transmet pas son mobilier présent, mais seulement le mobilier qu'il laissera au jour de son décès.

Envisagée au point de vue de la transcription, la question est beaucoup plus délicate, et elle avait donné lieu à une divergence d'opinions, parmi nos anciens auteurs.

C'est ainsi que Ricard, qui cependant voyait dans l'institution contractuelle, une donation à cause de mort, soutenait qu'elle devait être transcrite : « On pourrait, disait-il, soutenir que les ordonnances ne parlent que des donations entre vifs, mais l'usage est contraire, elles participent de la donation, en ce sens qu'elle est irrévocable, et il faut y tenir. » Cette opinion était également partagée par Boucheul, qui s'appuyait sur ce motif que l'art. 58 de l'Ordonnance de Moulins n'exceptait que les donations faites par père et mère ; l'insinuation avait pour but d'après lui de rendre inutile toute disposition contraire. Les pays de droit écrit suivaient cette jurisprudence, à laquelle s'est rallié Pothier qui voyait dans l'insinuation le moyen pour les héritiers de connaître les forces de la succession, et par là même, de ne pas l'accepter si elle était mauvaise.

Au contraire, de Laurière, Furgole, Chabrol, Lebrun, Ferrière, Auroux du Pommiers et Coquille,

enseignaient que l'insinuation était inutile, parce que, disait Lebrun, pour lequel cependant le caractère dominant de notre institution était d'être une donation entre vifs « elle est en partie donation à cause de mort, et les créanciers n'ont pas intérêt à invoquer le défaut d'insinuation. » Ces jurisconsultes disaient, qu'à défaut de loi prescrivant cette formalité, il ne dépend pas des interprètes d'assujettir un acte à une solennité qu'aucune disposition ne lui a imposée ; et enfin Furgole faisait observer que personne n'avait à se prévaloir du défaut d'insinuation, puisque l'instituant restait libre de disposer à titre onéreux, des biens donnés, et que d'un autre coté, il ne pouvait faire de donations importantes au préjudice de l'institué.

La question ne laisse pas que d'être embarrassante sous le Code civil, et bien que nous soyons d'avis, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, que la transcription n'est pas nécessaire, il faut convenir que les arguments apportés à l'appui de l'opinion contraire, notamment par M. Bonnet (1), présentent beaucoup de valeur et de force.

S'efforçant tout d'abord de démontrer que, en droit commun, le donataire à titre particulier d'un immeuble déjà compris dans une précédente donation peut opposer le défaut de transcription de cette donation, il conclut de là à l'utilité et partant à la nécessité de la transcription de donation de biens à

(1) Bonnet, t. II, nos 686 à 691 ; comp. Flandin, *De la Transcription*, t. 1, n° 701, et Mourlon, *De la Transcription*, t. II, n° 1117.

venir, puisque le donateur venant à disposer d'un immeuble compris dans l'institution, le donataire postérieur, qui, lui, aurait pu transcrire, pourrait se prévaloir du défaut de transcription.

Il comprend bien que ceux qui ne partagent pas cette opinion, n'exigent pas la transcription de la donation de biens à venir; car elle serait dès lors totalement dépourvue d'utilité. En effet elle ne servirait ni aux acquéreurs à titre onéreux, puisque le donateur reste libre de faire des aliénations à ce titre, ni aux donataires, puisque, n'étant pas faite dans leur intérêt, ils ne sauraient arguer de son absence.

Mais il ne peut comprendre cette même opinion chez ceux qui pensent que le défaut de transcription peut être opposé par le donataire à titre particulier: autant vaut, dit-il, enlever à la donation de biens à venir par contrat de mariage son caractère d'irrévocabilité, ou, ce qui est la même chose, nier qu'une limitation a été apportée au droit réservé au donateur de disposer à titre gratuit.

Le savant auteur invoque ensuite l'autorité de l'ancien Droit, et ajoute que sous l'empire de l'ordon. de 1731, l'insinuation était de pratique constante.

Il trouve enfin dans l'art. 947 un argument qui lui paraît de décision. Pour lui, en effet, ce texte en ne renvoyant qu'aux art. 943, 944, 945 et 946, et en ne dispensant la donation de biens à venir que des règles contenues en ces quatre articles, démontre par là même que les dispositions de l'art. 939 qui exige la trans-

cription pour la donation de biens susceptibles d'hypothèques, sont applicables à notre donation.

Passant du Code civil à la loi du 23 mars 1855 sur la transcription hypothécaire, il déclare qu'il lui est impossible de ne pas voir dans la donation de biens à venir un *acte translatif d'un droit réel et susceptible d'hypothèque*, qui aux termes de l'art. 1^er^, § 1^er^ de ladite loi, doit être transcrit. D'ailleurs, le législateur n'a-t-il pas pris soin de dire dans l'art. 11 de cette même loi qu'il « n'est pas dérogé aux disposition du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation. »

Nous reconnaissons volontiers avec M. Bonnet, qu'à raison de l'origine même de l'art. 941 et de la généralité de ses termes, le législateur a entendu donner la préférence au second donataire qui a transcrit le premier. Mais ce que nous ne pouvons concéder au savant auteur, c'est la conclusion qu'il en tire : à savoir que la transcription de la donation de biens à venir pouvant être utile, au moins dans ce cas, le législateur a dû exiger qu'elle fût faite et l'a maintenue dans la Code,comme il la trouvait dans notre ancien Droit.

L'ancien Droit! Mais n'avons-nous pas vu que si la question y était controversée, la théorie que nous défendons avait rallié la grande majorité des auteurs.

L'ordonnance de 1731 ! Mais si elle exigeait l'insinuation, et si elle ne distinguait pas, c'est qu'elle ne parlait que des donations, et non d'institution contractuelle.

L'accord était loin d'exister entre nos anciens auteurs, parmi ceux qui jugeaient l'insinuation de l'institution contractuelle nécessaire, sur le point de savoir s'il suffisait que l'insinuation fût faite lors du contrat de mariage, quant aux biens existants, ou s'il était au contraire nécessaire de la renouveler au fur et à mesure de l'acquisition de nouveaux biens.

Pour Ferrière (1), Furgole (2) et Bacquet (3) (celui-ci tout en conseillant le dernier parti), du moment où le donateur avait accompli la formalité de l'insinuation relativement aux biens existants lors du mariage, il n'avait plus rien à faire, à l'avenir, quoi qu'advienne

Mais telle n'était pas l'opinion de Brodeau (sur Louet, lettre D, n° 10); cet auteur rapporte en effet deux arrêts du 12 août 1600 et 30 mars 1620, qui avaient décidé que l'insinuation était nécessaire à chaque mutation de propriété.

Et M. Bonnet déclare se rallier à ce sentiment, tout en reconnaissant qu'il y aura là une « source d'embarras (4). »

Pour nous, nous trouvons dans cet aveu même la réponse à l'objection qu'on nous fait de sacrifier les intérêts d'un second donataire qui aurait pris soin, lui, de transcrire son acte de donation; le législateur, dirons-nous, n'a pas voulu soumettre la donation

(1) *Sur 284 de Paris*, gl. 2, § 4, n° 16.
(2) *Sur 23 de l'ordonn. de 1731.*
(3) *Des droits de justice*, chap. 21, n° 284.
(4) Bonnet, loc. cit. n° 690.

de biens à venir à la nécessité de la transcription, parce qu'il a compris quelle source d'embarras et de difficultés ce serait, parce qu'il a compris que pour quelques avantages que cette formalité pourrait avoir, elle présenterait de nombreux inconvénients, et pour cela, l'intérêt des donataires subséquents ne lui a pas paru suffisant.

Nous avons reconnu, il est vrai, en recherchant la nature de la donation de biens à venir, qu'elle participait surtout de la donation entre vifs, et nous en avons conclu qu'on devait recourir aux règles de la donation, toutes les fois que ces règles ne répugnaient pas au caractère de l'institution contractuelle, envisagée dans chacune de ces applications.

Mais précisément ici, il nous apparaît qu'au point de vue qui nous occupe, c'est-à-dire, au point de vue de la transcription, il est impossible d'assimiler la donation de biens à venir à la donation entre vifs : car l'art. 939 n'a évidemment trait qu'aux donations emportant dessaisissement actuel et absolu, translation actuelle de la propriété d'immeubles ou de biens susceptibles d'hypothèques ; or, ce sont là autant de caractères qu'on chercherait vainement dans notre donation de biens à venir.

L'art. 939 qui prescrit la transcription, en matière de donation entre vifs, doit donc être écarté ; on insiste cependant, et on croit trouver un argument décisif, pour l'étendre à la donation de biens à venir, c'est l'argument tiré de l'art. 947.

La réponse va être bien simple et bien concluante, il nous semble : s'il est vrai que tous les articles autres que les art. 943, 944, 945, 946 doivent être appliqués à la donation de biens à venir, mais alors, on lui appliquera l'art. 948, qui est relatif à l'état estimatif du mobilier ! Cependant, aucun auteur, M. Bonnet lui-même, n'est pas allé jusque-là ! C'est qu'en effet l'état estimatif, qui n'est qu'une application de la maxime « donner et retenir ne vaut » et qui a pour but d'assurer l'irrévocabilité de la donation entre vifs, répugne profondément à la nature de la donation de biens à venir, de même que le caractère particulier de cette dernière disposition doit la faire affranchir de la règle contenue dans l'art. 939, de la nécessité de la transcription.

On peut donc affirmer que sous l'empire du Code civil, les donations de biens à venir n'avaient pas besoin d'être transcrites ? La loi du 23 mars 1855 aurait-elle innové, à cet égard ?

M. Duvergier l'a enseigné (1), et voici quelles sont suivant lui, les raisons de décider. L'art. 1 de la loi de 1855 par l'expression acte entre vifs, a entendu soumettre à la publicité tout acte ayant le caractère *contractuel* ; d'ailleurs on ne saurait raisonner par analogie avec le testament ; car si l'héritier n'est pas tenu de transcrire, c'est qu'il ne peut pas connaître son titre, tandis que le donataire, lui, le connaît. Enfin, la nécessité de la transcription s'impose

(1) Duvergier. *Notes sur la loi du 23 Mars 1855*, art. 1.

quand on se place au décès de l'instituant, au point de vue des droits conférés par les héritiers, à des tiers qui se seront conformés à la loi ; l'institué qui n'aura pas transcrit pourra-t-il revendiquer contre le tiers qui aura transcrit?

Nous ne saurions partager cet avis ; en effet, nous pouvons tenir pour certain avec Mourlon lui-même, qui cependant combat notre thèse, que les principes du Code ont été maintenus : or, nous savons que l'art. 939 ne parle que d'une translation actuelle de la propriété; d'ailleurs l'art. 1 de la loi du 23 mars 1855 ne vise également qu'un acte actuellement translatif de la propriété ; comment donc étendre l'un ou l'autre de ces textes à une disposition qui, comme la donation de biens à venir, ne transmet actuellement aucun droit réel au donataire !

On objecte qu'en ne prescrivant pas la transcription de la donation de biens à venir, il va en résulter un grave inconvénient, si on se place au décès de l'instituant; car les héritiers vont pouvoir vendre les biens à des tiers, et, en ayant soin de faire opérer la transcription, pouvoir opposer leurs actes au donataire qui n'a pas transcrit.

Il faut répondre, dit M. Troplong (1), « que les héritiers *ab intestat*, n'ont pas plus de droit pour disposer des choses de l'institution et en investir des tiers qui se seraient rendus préférables à l'institué par la transcription que si la succession se fût ouverte

(1) Troplong. *De la Transcription*, n° 76.

*ab intestat*. Comment donc les héritiers du sang pourraient-ils ici jeter des entraves, lorsque, d'après la loi du 23 mars 1855, ils ne le peuvent pas dans la matière des successions et testaments? »

D'un autre côté, à quel moment apparaît l'utilité de la transcription? Au jour du décès. On est donc conduit à demander la transcription, non pas à cause du contrat, mais à cause de la succession. Or, jamais le législateur n'a entendu que la dévolution successorale fût la cause de l'obligation de transcrire, obligation qui ne peut naître que d'un contrat, ainsi que cela résulte manifestement de l'esprit et de la loi de 1855.

Enfin, à quel moment la donation de biens à venir transfère-t-elle la propriété? A l'époque du décès du donateur. A ce point de vue encore il ne pouvait être question de transcription; car celle-ci n'a trait qu'aux mutations qui s'opèrent entre vifs, et non aux mutations qui ne s'opèrent qu'au décès, soit par la vocation de la loi, soit par la vocation de l'homme.

Rappelons en terminant que le législateur a sagement agi en n'exigeant pas la transcription des donations de biens à venir, car outre que son accomplissement eût fait naître plus d'une difficulté, elle n'aurait eu par contre que fort peu d'utilité: il ne faut pas perdre de vue en effet que l'intérêt des tiers n'a pas besoin d'être sauvegardé, puisque le donateur est toujours libre de faire toutes aliénations à titre onéreux qu'il lui plaira des biens compris dans la donation, et qu'il reste toujours le

maître de constituer des hypothèques sur ces mêmes biens (1).

Il ne saurait être douteux que le même contrat de mariage puisse renfermer des donations de biens à venir, faites par plusieurs personnes, conjointement ou séparement. L'art. 968 contient, il est vrai, une disposition contraire. Oui, mais l'art. 968 ne s'applique qu'aux testaments, et il est inspiré par le principe de révocabilité sur lequel ils reposent; aussi n'a-t-on jamais songé à l'appliquer aux donations. Or, il est bien évident qu'à ce point de vue, au point de vue de la révocabilité ou de l'irrévocabilité, la donation de biens à venir se rapproche beaucoup plus de la donation que du testament: car elle constitue une disposition irrévocable, au moins en ce sens que l'instituant a perdu le droit de faire un testament et de donner entre vifs les biens compris dans l'institution; il se dépouille donc présentement et irrévocablement, dans une certaine mesure. Il est donc suffisamment mis en garde contre les suggestions par son intérêt même, et il a bien moins à les redouter que s'il faisait un testament; l'art. 968 doit donc être écarté. Il y a d'ailleurs un texte qui le fait d'une façon formelle, au moins en

(1) En ce sens : Grenier, t. III p. 338, n° 430. — Troplong. *Des donat. entre vifs et des testaments.* T. IV. n° 2372. — *Transcription*, n° 73 et suiv. — Marcadé, art. 1082. — Massé et Vergé, § 517. — Laurent, t. XV, n° 188. — Aubry et Rau, § 739, p. 64, note 13 (4e édition). — Coin Delisle sur l'art. 939, n° 16. — Demolombe, t. XXIII, n° 277. Cass. 4 février 1867. (Devil. 67, n° 121. Dalloz, 1867, 1. 65.)

ce qui concerne la donation de biens à venir, *réciproque* (1), elle est autorisée en effet dans le contrat de mariage, par l'art. 1093.

(1) En ce sens, Demolombe, t. XXIII, n° 278.— Duranton, IX, 675. — Aubry et Rau, t. VI, § 739, p. 64, note 12.— Bonnet, t. 1, n° 263.

## CHAPITRE II

### QUELS BIENS PEUT COMPRENDRE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE ?

Dans notre ancien Droit, l'institution contractuelle ne pouvait renfermer qu'une disposition universelle ou à titre universel, puisqu'elle créait un héritier ; elle ne pouvait renfermer une disposition à titre particulier, car jamais une semblable disposition ne constitua un droit héréditaire. Celui-là donc qui voulait par contrat de mariage donner à l'un des futurs époux un corps certain, déterminé par son espèce, comme tel cheval *in specie*, ou par son genre seulement, comme un cheval *in genere*, ou enfin une somme déterminée à prendre dans sa succession, n'avait qu'une ressource : c'était d'avoir recours à la donation à cause de mort.

Aujourd'hui que ce mode de disposer est proscrit par la loi, faut-il dire qu'il ne sera permis au donateur de donner par contrat de mariage que sous la forme universelle et qu'il lui sera interdit de donner sous cette forme, à titre particulier ?

On a essayé de le soutenir (1), mais cette théorie n'a pas réussi, et elle ne devait pas réussir.

Les termes de l'art. 1082 ne laissent place en effet

(1) Duranton. T. IX, n° 676. — Delvincourt. T, II, p. 421, 422. — Poujol, art. 1082, n° 2.

à aucun doute : la donation de biens à venir peut comprendre, dit cet article, *tout ou partie* des biens que le donateur laissera au jour de son décès. Si l'on rapproche de cet article l'art. 895, on voit que le législateur définit le testament : « un acte par lequel le testateur dispose de tout ou partie de ses biens. » Or, a-t-on jamais songé à nier que ces expressions embrassent aussi bien le legs universel ou à titre universel que le legs à titre particulier ? Evidemment non, et tout le monde s'accorde à reconnaître que ces mots : *tout ou partie* ont le même sens, chaque fois que le législateur les a employés, comme dans les art. 1048 et 1049 ; pourquoi dès lors ces mêmes mots auraient-ils dans l'art. 1082 une signification différente ?

Il n'a fallu rien moins que le souvenir de l'ancien Droit et la dénomination d'*institution contractuelle*, avec le sens qui s'y attachait, pour donner naissance à la théorie que nous combattons. Mais précisément, nous l'avons déjà dit, c'est là que nous apparaît le véritable motif qui a amené le législateur à ne pas conserver à notre institution son ancienne appellation, et à lui en substituer une autre, mieux en rapport avec l'idée qu'il voulait exprimer, celle de *donation de tout ou partie* des biens à venir que laissera le donateur à son décès.

Mais s'il était encore besoin d'un argument pour fortifier davantage la théorie que nous défendons, nous le trouverions dans les conséquences auxquelles aboutissent MM. Delvincourt et Duranton, quand il

s'agit de déterminer la véritable nature d'une donation de biens à venir comprenant des objets déterminés.

M. Delvincourt voit en effet dans une pareille donation, un legs irrévocable; or, nous le demandons, est-il possible de concevoir un legs fait par contrat, un legs irrévocable? Pour M. Duranton, c'est une disposition de la nue propriété, avec réserve tacite d'usufruit, de telle sorte que la propriété passerait *hic* et *nunc* au donataire, et que la donation échapperait à la caducité écrite dans l'art. 1089 ; que tel puisse être en fait le caractère de cette donation, nous n'y contredirons pas. Il est évident en effet que, à cet égard, les tribunaux sont investis d'un droit d'appréciation, que dès lors il leur appartient de décider si le donateur a entendu se dépouiller actuellement et ne conserver qu'un droit d'usufruit, ou si au contraire il a voulu rester propriétaire jusqu'à son décès, ainsi qu'il y est autorisé aux termes des art. 1082 et 1083. Au premier cas, rien de mieux, et la formule de Duranton sera très exacte. Mais si le juge est convaincu que dans l'intention du donateur, c'est en présence d'une donation de biens à venir qu'il se trouve, osera-t-on soutenir qu'il pourra convertir cette donation en une donation de biens présents? Mais ce serait violer ouvertement la volonté du donateur, et nous pensons que Duranton lui-même aurait reculé devant une pareille conséquence.

S'il est vrai, au point de vue de la quotité, que la

donation par contrat de mariage peut comprendre les mêmes biens que le testament, est-ce également vrai au point de vue de la disponibilité? Nous arrivons à l'examen d'une question qui a été l'objet des plus vives controverses, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, la question de savoir si la femme mariée sous le régime dotal, peut disposer de ses biens dotaux par contrat de mariage au profit d'un étranger.

Il est incontestable qu'elle peut disposer par testament au profit de toute personne, ou même par institution contractuelle au profit de l'un de ses enfants ; mais que décider si la donation par contrat de mariage est faite en faveur d'un étranger?

Un parti considérable (1) enseigne qu'une pareille donation est pleinement valable, et d'assez nombreux arrêts (2) se sont ralliés à cette doctrine.

On invoque en première ligne, l'autorité de l'ancien Droit. Chabrol (3) et trois arrêts du Parlement de Paris des 22 août 1645, 22 juin 1651 et 6 mars 1728 proclament la validité de l'institution contractuelle faite par une femme dotale. Or, ne serait-ce pas étrangement sortir de la vérité des faits, et se méprendre singulièrement sur les intentions des rédacteurs du Code de 1808 que d'apporter au régime dotal du Code

(1) Grenier. T. 3, n° 431. — Duranton. T. 9, n° 724. — Troplong. T. 7, *Contr. de mar.*, n° 3272, et *Donat.* n° 2371.

(2) Grenoble, 11 juin 1851, Sir. 51, 2, 227. — Rouen, 18 nov. 1854, Sir. 55, 2, 547. — Nîmes, 1er février 1867, Sir. 67, 2, 136. — Bordeaux, 8 mai 1871, Sir. 71, 2, 241.

(3) *Sur Auvergne,* chap. 14, art. 37.

civil, plus de restrictions, plus d'entraves encore que ne lui en reconnaissaient nos anciens auteurs ?

On ajoute d'une part que la donation par contrat de mariage doit être assimilée à un testament irrévocable, puisqu'elle ne produit effet qu'au moment du décès, et qu'à cette époque les biens perdent leur caractère de dotalité ; et d'autre part, que toutes choses restent intactes, aussi bien après l'institution contractuelle qu'avant ; qu'elle ne présente aucun des inconvénients qui ont fait prohiber l'aliénation de la dot, puisque les revenus de la dot continueront comme par le passé à faire face aux charges du mariage ; et qu'enfin « l'institution contractuelle laisse à la femme le droit de disposer à titre onéreux ; qu'elle lui enlève uniquement le droit de disposer de ses biens à titre gratuit, faculté qui ne rentre en aucune façon dans l'emploi de la dot, et ne met aucun obstacle à sa destination pendant le mariage (1) ».

Ce dernier argument faisait dire à M. Demolombe, il y a déjà longtemps, qu'il lui était « impossible de ne pas croire à la défaite prochaine d'une doctrine, qui fournit de telles armes à ses adversaires (2) ».

La prédiction s'est réalisée, et l'on peut considérer comme un point à peu près certain, dans le dernier état de la jurisprudence de la Cour de Cassation (3),

(1) Grenoble. 11 juin 1851, Sir. 52. II. 227.

(2) Demolombe. *Donations*, t. 6, n° 284.

(3) Agen, 21 juillet 73, Sir. 73. 2. 182. — Rouen, 8 juin 1874, Sir. 1874. 2. 303. — Grenoble, 13 août 1875, Sir. 75. 2. 323. — Poitiers, 13 juillet 1876, Sir. 76. 2. 291. — Cassat. 8 mai 1877, Sir. 77. 1. 252. — Rouen. 28 mars 1881, Sir. 81. 2. 41. — Caen. 23 juin 86. — Rec. de Caen. 87. 172. — Cassat. 25 avril 1887, Sir. 87. 1. 320.

la nullité d'une institution contractuelle faite par une femme dotale sur ses biens dotaux en faveur d'un étranger. Cette doctrine avait d'ailleurs rencontré de tout temps des partisans convaincus parmi les jurisconsultes les plus considérables (1), et tout récemment encore un savant professeur est venu y ajouter toute l'autorité de son talent (2).

Pour notre part, nous nous rallions pleinement à cette théorie, et il nous semble que le doute n'est guère possible, quand on envisage d'un côté le véritable caractère de l'inaliénabilité dotale, et de l'autre la nature de l'institution contractuelle.

Que nous oppose-t-on tout d'abord? L'autorité de l'ancien droit. Hâtons-nous de dire que cet argument est loin d'avoir la valeur qu'on lui prête : car, la question y avait soulevé des controverses, et d'après Furgole (3) et Roussilhe (4), la femme dotale n'avait pas le droit de faire une institution contractuelle sur ses biens dotaux.

Il convient donc de laisser de côté la tradition historique, et de rechercher quels principes le Code civil a entendu établir.

Aux termes de l'art. 1554 du C. C. les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme,

(1) Rodière et Pont T. 3, n° 1769. — Aubry et Rau. T. 5, § 537, texte et note 7. p. 558. — Bonnet. *Contr. de mar.*, t. 2, n° 331 et suiv. — Demolombe. *Loc. cit.*

(2) Guillouard. *Traité du contr. de mariage*, t. 4, n° 1852.

(3) *Des Donations*, quest. 24.

(4) *Traité de la Dot*, n° 395.

ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent. Ainsi le principe est certain, la prohibition d'aliéner les biens constitués en dot est la règle ; le droit d'aliéner ces mêmes biens forme l'exception. On ne saurait contester que l'institution contractuelle entraîne l'aliénation d'un attribut essentiel de la propriété : le droit de disposer à titre gratuit des biens compris dans la donation. Or la donation de biens à venir ne rentre dans aucune des exceptions prévues par l'art. 1554.

La conséquence n'en est-elle pas nécessairement que sous peine de violer formellement la règle contenue dans ce dernier texte, on doit décider que l'institution contractuelle faite par une femme dotale, de ses biens dotaux ne pourrait être faite qu'au mépris de la disposition contenue dans ledit article, et devrait dès lors être déclarée nulle ?

Mais on nous arrête, et on nous dit : De quoi pouvez-vous vous plaindre ? Est-ce que l'institution contractuelle enlève à la femme, ou au mari ou à la famille, aucun de ses avantages ? Evidemment non ; car les revenus continuent à servir à l'entretien, à la nourriture des enfants, aux charges du mariage, ce qui est leur véritable destination : les choses restent donc *intactes*, pendant toute la durée du mariage, et si la femme n'a plus le droit de disposer à titre gratuit, qu'importe ? « Cette faculté ne rentre en aucune façon dans l'emploi de la dot, et ne met aucun obstacle à sa destination pendant le mariage. »

On ne peut mieux méconnaître ni mieux dénaturer

les véritables principes de la dot et du régime dotal.

Comment, la femme qui aura fait une institution contractuelle, et qui se sera ainsi interdit toute espèce de donation par la suite, aura conservé tous les avantages que peut et que doit lui procurer sa dot! Comment, la famille, c'est-à-dire les enfants, auront conservé tous leurs avantages!

Evidemment, les revenus continueront à faire face aux besoins du ménage, à la nourriture, à l'entretien des enfants; mais, et leur établissement, comment la mère y procédera-t-elle? Elle a les mains liées, elle ne peut fournir cet établissement à ses enfants.

Et la théorie contraire de répondre: Sans doute, mais est-ce que la dot a pour but d'assurer leur établissement? Pas le moins du monde. C'est en dehors de sa destination!

La dot n'a pas pour but de fournir un établissement aux enfants à naître du mariage! Mais au contraire, n'est-ce pas là une des raisons qui, dans les pays de droit écrit, avaient fait frapper d'inaliénabilité pendant le mariage, la dot de la mère; n'est-ce pas là, comme l'a dit si bien la Cour de cassation, l'une des prérogatives les plus importantes de la propriété dotale? D'ailleurs, l'art, 455 lui-même, n'envisage-t-il pas l'établissement des enfants comme un des destinations de la dot?

Qu'on n'objecte pas que la femme peut faire un testament de ses biens dotaux; car il y a un abîme entre le testament et la donation de biens à venir,

l'un étant irrévocable, l'autre, au contraire, étant l'œuvre d'une volonté ambulatoire.

Une dernière considération que nous empruntons à M. Demolombe (1) pour montrer les inconvénients que présenterait sous un autre rapport, la doctrine que nous combattons. « Cette doctrine, dit-il, est contraire à la pensée essentielle du régime dotal, dont le but est de protéger la femme contre les abus de l'autorité maritale ; que penserait-on d'une institution contractuelle qu'une femme dotale aurait consentie de ses biens dotaux au profit d'un parent de son mari ; et cela, au détriment peut-être d'un enfant quelle aurait eu du mariage, en faveur duquel la constitution de dot aurait été faite ! »

Si l'on suppose un testament fait antérieurement par la femme des biens dotaux formant l'objet de l'institution, cette institution, nulle à nos yeux, aura-t-elle au moins pour effet de révoquer le testament antérieur ?

L'affirmative nous parait découler des articles 1035, 1037 et 1033 ; il ressort en effet de ces textes que l'aliénation de la chose léguée révoque d'ailleurs le legs, *encore qu'elle soit nulle ;* la raison en est que le changement de volonté n'en existe pas moins, quand l'aliénation serait nulle ; or la révocation est basée sur le changement de volonté. Du moment où la volonté d'aliéner a existé et où cette

(1) Domolombe, *loc. cit.*

volonté est bien établie, est prouvée, peu importe la cause de la nullité qui viendra par la suite anéantir l'aliénation, la révocation aura lieu.

Ces règles, écrites dans les articles que nous venons de citer, ne sont évidemment qu'énonciatives, et ce que la loi dit de l'aliénation on doit le dire de la donation de biens à venir : *ubi eadem ratio dicendi, ibi idem jus :* or, il est certain, qu'en faisant une institution contractuelle de ses biens dotaux, elle a fait un acte nul, en tant que donation. Mais il est non moins certain par contre qu'en donnant par contrat de mariage des biens même dont elle avait antérieurement disposé par testament, elle a clairement manifesté par là son intention de révoquer ce testament ; peu importe dès lors que l'institution contractuelle soit nulle, elle vaudra tout au moins comme acte révocatoire du testament antérieur (1).

C'est encore un point fort discuté que celui de savoir, si les époux étant mariés sous le régime de la communauté, le mari peut disposer par voie de donation de biens à venir, de l'universalité des biens meubles et immeubles composant ladite communauté.

Il convient tout d'abord de distinguer, suivant que l'institution contractuelle est faite au profit d'un enfant commun ou d'un étranger.

Faite au profit d'un enfant commun, la donation de biens à venir universelle nous paraît valable

(1) Pau. 26 février 1868. Sir. 68. 2. 73. — Cass. 4 mai 1887. Sir. 87. 1. 320.

pour le tout. En effet, l'art. 1422 valide la donation de biens présents faite dans ces conditions.

On nous arrête. Il est vrai, nous dit-on, que l'article 1422 donne au mari le droit de disposer des meubles et des immeubles de la communauté, en totalité, mais par donation entre vifs, pure et simple. Et si, au lieu de donation entre vifs, le mari a recours au legs, la conséquence est toute différente. L'art. 1423 qui vise cette dernière hypothèse décide alors en effet que le mari peut léguer seulement sa part dans la communauté. Or, ce qui est vrai du legs, est également vrai de constitution contractuelle ; ce n'est pas l'art. 1422, mais bien l'art. 1423 que l'on doit dès lors appliquer, autrement dit « l'institution contractuelle ne doit comme le legs, avoir son effet qu'à la mort du disposant, elle ne peut donc être faite par le mari, comme le legs (1423) que pour sa part dans la communauté (1) ».

C'est précisément de ce rapprochement, de cette assimilation que provient l'erreur. Il n'est pas exact de dire que les règles qui gouvernent les legs devront être étendues par analogie à la donation des biens à venir, parce que celle-ci n'a d'effet qu'à la mort du disposant.

Bien au contraire, il y a entre l'institution contractuelle et le legs des différences profondes, ainsi que nous l'avons vu, et nous avons été amené à en conclure que, à moins de raisons spéciales, en l'ab-

(1) Marcadé. Art. 1422, n° 3. — *Adde Duranton*, 2. 14, n° 281.

sence de texte, c'étaient les règles propres aux donations entre vifs qu'il fallait étendre aux donations de biens à venir, et non les règles propres aux testaments. Or, croit-on avoir trouvé un motif spécial d'assimilation en disant que comme le legs, l'institution n'a d'effet qu'à la mort du disposant? Rien n'est moins exact, car si le testament ne confère par lui-même aucun droit actuel au légataire et si le décès du testateur donne naissance à un droit, au contraire, le décès du donateur ne confère aucun droit au donataire de biens à venir ; il ne fait que le consolider, car il existe *hic et nunc*, du jour même de la donation de biens à venir.

Et d'ailleurs ne peut-on pas tirer un argument a *fortiori* de l'art. 1422? Comment, cet article donne au mari le pouvoir de disposer de la totalité des biens communs par une donation entre vifs ; et il ne le pourrait pas par une institution contractuelle! Le mari pouvait le plus, et il a fait le moins! Et vraiment la femme ne saurait s'en plaindre. Car il était loisible au mari de priver la communauté de la totalité des revenus, par une disposition à titre gratuit pure et simple ; au lieu de cela, il a réservé pour la communauté les ressources dont elle peut avoir besoin.

Qu'on n'objecte pas que, en cas de dissolution de la communauté avant la mort du mari donateur, comme le droit qui naît de la donation de biens à venir ne se consolide qu'au décès de ce dernier, la propriété de la part qui revient à la femme dans la

communauté, n'aura pas d'assiette, qu'elle ne résidera nulle part. Elle ne saurait, en effet, dit Marcadé qui oppose cette objection, aller à la femme ou à ses héritiers, puisque par l'effet de l'institution de tous les biens communs, cette femme n'a plus rien à réclamer dans la communauté dissoute. Elle ne saurait aller davantage au mari, sauf en cas de renonciation de la femme. Enfin elle n'ira naturellement pas au donataire, puisqu'il ne peut recueillir le bénéfice de l'institution qu'au décès du donateur.

La réponse nous paraît assez facile : nous concevons fort bien en effet que ni l'enfant donataire ni le mari donateur ne pourront recevoir la part afférente à la femme ; mais cette dernière, qui donc empêche qu'elle la reçoive, telle qu'elle est, c'est-à-dire grevée du droit du donataire, et à charge de la rendre à ce dernier, lors du décès du mari ? Nous avouons ne pas voir d'obstacle à ce que la possession reste à la femme.

Les choses se passeront comme si le mari avait fait une donation de biens présents, sous condition suspensive, ce qu'incontestablement il a le droit de faire. Cependant, dans cette dernière hypothèse, il pourra se faire que la condition ne soit pas encore réalisée lors de la dissolution de la communauté : on n'en procédera pas moins au partage, avec cette réserve que la femme, au cas où la condition se réaliserait, sera tenue de restituer sa part dans la communauté.

Que faudra-t-il décider si l'institution contrac-

tuelle est faite par le mari au profit d'un étranger?

Il n'y a pas de difficulté, si l'on suppose que la femme renonce, car le mari aura toujours été censé propriétaire de la communauté tout entière; il aura donc pu en disposer de la manière la plus absolue.

Pour que la question naisse, il faut supposer qu'on est en présence d'une femme qui accepte la communauté: et dans ce cas, une sous distinction est encore nécessaire, ou l'objet donné par le mari tombe dans son lot, ou, au contraire, il tombe dans le lot de la femme.

On comprend encore que sans contestation possible, dans le premier cas, si l'objet donné est aux mains du donataire, il le gardera; car cet objet ayant été attribué au mari, il n'a donné que le sien.

Au contraire, dans le second cas, le donataire devra bien restituer la chose à la femme qui, par l'effet du partage, sera censée en avoir toujours été la seule propriétaire. C'est certain, mais le donataire aura-t-il le droit de se retourner vers le mari, pour lui demander la valeur de l'objet donné?

Tout le monde est d'accord pour lui reconnaître ce droit, au moins à concurrence de la moitié de la valeur de l'objet; c'est-à-dire à concurrence de la part afférente au mari dans cet objet.

Mais contrairement à l'opinion commune, MM. Troplong et Dalloz limitent le recours du donataire à cette moitié.

Pour nous, nous pensons avec la majorité des

auteurs que le donataire peut se retourner contre son donateur pour obtenir l'équivalent en entier de la chose donnée.

D'abord il est certain que l'intérêt de la femme et de ses héritiers est parfaitement à couvert; d'un autre côté, si l'on veut que l'acte soit frauduleux, ce qui n'est pas toujours vrai, au moins le mari ne saurait se prévaloir d'une fraude pour se soustraire à l'exécution de l'obligation qu'il a contractée.

Enfin, le motif qui nous détermine surtout et qui nous semble devoir passer avant toutes autres considérations, est le suivant: C'est qu'en somme, la constitution de dot a été vue avec tant de faveur par le législateur qu'il a exigé la garantie de la part du constituant.

Or, c'est évidemment entrer dans les vues des rédacteurs du Code que d'assurer au donataire le bénéfice entier d'une donation qui a pu être pour lui la cause déterminante de l'union contractée.

C'est un point universellement admis en jurisprudence aujourd'hui que le consentement de la femme à la donation dont il s'agit rend cette dernière absolument inattaquable.

## CHAPITRE III

### QUELLES PERSONNES PEUVENT FAIRE UNE INSTITUTION CONTRACTUELLE ?

Sous l'ancien Droit, à l'exception des provinces d'Anjou et du Maine et du Parlement de Bordeaux où les nobles seuls étaient habiles à faire des institutions contractuelles, il est vrai de dire que toute personne pouvait instituer un héritier par contrat, du moment bien entendu où l'instituant avait la libre disposition de ses biens ; et il importait peu dès lors qu'il fût étranger aux futurs époux ou qu'il en fût le parent.

Point n'était besoin qu'il y eût de la part des époux, qui voulaient faire une institution contractuelle, une promesse réciproque de succession pour le cas de survie ; cette promesse pouvait n'être faite que par l'un des époux au profit de l'autre. Dumoulin seul s'est élevé contre cette doctrine, qui avait pour elle non seulement l'autorité de Coquille et de Boucheul, mais encore l'appui d'une jurisprudence constante.

Le caractère de l'institution contractuelle, sorte de convention « amphibie » comme le disait Furgole, participant à la fois de la donation entre vifs et de la donation à cause de mort, avait fait naître la question de savoir à quelles règles on devrait recourir pour déterminer, pour apprécier la capacité de l'instituant.

Exigerait-on la capacité nécessaire pour faire un testament, ou la capacité nécessaire pour faire une donation ?

La question présentait dès ce moment un intérêt pratique considérable : à raison en effet des effets moins importants produits par le testament que par la donation, puisque celle-ci entraîne avec elle un dépouillement actuel et irrévocable que ne produit pas le testament, on permettait dans la plupart des coutumes au mineur de 25 ans de tester, tout en lui interdisant la faculté de disposer entre vifs.

Que décidait-on, quand il s'agissait d'une institution contractuelle ?

C'étaient les règles des donations entre vifs qui l'emportaient, et avec raison. C'est qu'en effet celui-là qui faisait une institution d'héritier par contrat, accomplissait un acte plus grave que s'il eût fait un testament. Car s'il est vrai que, suivant le système de quelques coutumes, l'instituant de son vivant ne se dépouillait de rien, conservait la disposition de ses biens, et n'assurait à l'institué rien autre chose que le titre d'héritier, il était non moins certain que l'institution contractuelle contenait l'aliénation du droit si important de se choisir un héritier.

Il était dès lors tout naturel d'assimiler, quant à la capacité, l'instituant à celui qui voulait faire une donation entre vifs plutôt qu'à celui qui voulait faire un testament.

Ces principes de notre ancien Droit sont-ils ceux qui régissent encore notre Droit actuel ?

Il est un point sur lequel l'art. 1082 répond de la manière la plus claire et la plus formelle : c'est sur l'énumération des personnes qui peuvent faire une donation de biens à venir. Voici en effet comment il s'exprime : « Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou de partie de biens qu'ils laisseront au jour de leur décès. »

Si de ce texte, on rapproche l'art. 1093, qui porte que la donation de biens à venir peut encore être faite par l'un des futurs époux à son conjoint, sauf à indiquer par la suite les différences qui existent entre la donation des art. 1082 et suiv. et celle de l'art. 1093, on voit que la règle est aussi large et aussi générale que possible. Tout le monde peut faire une institution contractuelle, sauf bien entendu la question de capacité.

Mais précisément quelle devra être cette capacité ?

Car la question se pose aujourd'hui comme autrefois, et elle présente même beaucoup plus d'intérêt. Les cas sont nombreux, en effet, où il importe de distinguer entre la capacité de tester et celle de donner entre vifs.

C'est ainsi que :

1° Le mineur âgé de plus de seize ans peut bien tester, et encore à concurrence seulement de la moitié de ses biens ; mais il ne peut en aucune manière, faire une donation entre vifs (art. 903 et 904).

2° La femme mariée a la faculté de faire un testa-

ment sans l'autorisation de son mari ; cette autorisation est au contraire indispensable quand elle veut disposer à titre gratuit entre vifs (art. 226, 905).

3° Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire peuvent tester sans l'assistance de leur conseil ; mais elles ne peuvent donner entre vifs, qu'avec cette assistance.

Quelle capacité devra fournir l'instituant, celle du testateur ou celle du donateur?

La réponse ne saurait être douteuse, surtout pour nous qui avons posé en principe que le caractère dominant de l'institution contractuelle était celui d'une donation entre vifs. Cette expression de donation n'est-elle pas d'ailleurs celle qu'emploient les textes pour caractériser notre institution (art. 1082, 1083, 1089), et n'est-il pas tout naturel d'en conclure que ceux-là qui ne peuvent que tester, sans pouvoir donner, n'ont pas la faculté de faire une donation de biens à venir?

D'ailleurs le raisonnement vient à l'appui des textes, et commande cette interprétation.

C'est qu'en effet l'on conçoit fort bien cette exigence du législateur au regard du donateur de biens à venir ; il devait se montrer plus difficile pour lui que pour celui qui veut faire un testament. Car, celui-ci ne se lie en aucune manière *in futurum* ; toujours maître de revenir sur la détermination qu'il a prise, il peut modifier à son gré le testament par lui fait, au point de le supprimer entièrement et de se trouver identiquement dans la même situation qu'avant de l'avoir fait. Celui-là au contraire

qui fait une donation de biens à venir accomplit un acte qui produit *hic et nunc* des effets fort graves, et qui le lie lui donateur pour l'avenir. S'il peut encore disposer à titre onéreux des biens compris dans ladite donation, s'il peut encore s'aider de son bien, ce ne sera qu'autant que toute idée de fraude sera écartée de ces opérations, et en tous cas, sauf la disposition de l'art. 1083 *in fine* par le fait même de l'institution contractuelle, il lui est interdit de disposer à titre gratuit des objets compris dans l'institution. On le voit les effets de la donation des biens à venir sont autrement graves que les effets du testament.

On peut ajouter encore que le testateur ne se dépouille pas, qu'il dépouille seulement ses héritiers, tandis que l'instituant se dépouille irrévocablement d'un des attributs les plus importants de la propriété, le droit de disposer à titre gratuit, dans la mesure que nous venons d'indiquer ; la capacité du premier doit donc être plus complète que celle du second.

Les conséquences de cette doctrine se font immédiatement sentir, et s'il n'est douteux pour personne que le mineur est incapable de faire une donation de biens à venir, il ne saurait l'être davantage que la même incapacité frappe les personnes pourvues d'un conseil judiciaire et les femmes mariées, du moins en ce sens que pour faire une pareille donation il faut aux unes l'assistance de leur conseil, aux autres l'autorisation de leur mari.

Toutefois ce dernier point a été contesté, et un ancien interprète, Grenier, a soutenu que la femme qui voulait faire une institution contractuelle pouvait se passer de l'autorisation maritale : « Les art. 217, 905 et 1554, dit-il, ont seulement trait aux actes qui emporteraient des aliénations ou seraient constitutifs d'hypothèques ; or, l'institution contractuelle n'empêche pas ces aliénations, elle ne dépouille pas, on pourrait plutôt lui appliquer la deuxième partie de l'art. 905, qui permet à la femme de tester sans autorisation (1) ».

Nous croyons inutile d'entreprendre la réfutation de cette singulière théorie; ce que nous avons dit suffit. Nous ne voulons ajouter qu'une observation. C'est que si la théorie de Grenier est vraie pour la femme, elle doit nécessairement l'être pour le mineur, et il faudra reconnaître à celui-ci le droit de faire une institution contractuelle. Or, personne ne l'a jamais enseigné, et Grenier lui-même n'a jamais osé aller jusque-là.

En ce qui concerne le mineur, le principe tel que nous l'avons posé comporte une restriction. Vrai, quand il s'agit d'une institution contractuelle faite par le mineur à un tiers, il cesserait de l'être, si la donation de biens à venir est contenue dans le contrat de mariage du mineur lui-même, si c'est une donation qu'il fait à son conjoint. Dans cette hypothèse, en effet, les art. 1095 et 1098 apportent aux

(1) Grenier. *Donations* 2. II. n° 431.

règles du droit commun, une dérogation, dérogation que l'on traduit d'ordinaire par la maxime : « *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* »

Quant à l'interdit, il est hors de doute qu'il ne peut faire d'institution contractuelle, même suivant nous, dans un intervalle lucide ; car si cet intervalle lucide peut exister en fait, en droit il est impossible. Il y a là une de ces présomptions *juris et de jure*, contre laquelle on ne saurait admettre aucune preuve contraire (1350-1352), et d'après laquelle l'individu, frappé par un jugement d'interdiction, est toujours et à tout instant dans un état d'imbécillité, de démence, ou de fureur.

L'art. 504 est-il applicable à l'institution contractuelle, et faut-il, si l'on veut attaquer pour cause de démence une libéralité de ce genre, après le décès de l'instituant, l'une de ces deux conditions : ou que son interdiction ait été prononcée ou tout au moins provoquée avant son décès, ou que la preuve de la démence résulte de la donation de biens à venir elle-même ?

Incontestablement il faut répondre : non. L'art. 504, disposition exorbitante de droit commun, n'est pas applicable aux donations ni aux testaments. Les principes qui gouvernent ces libéralités sont écrits dans l'art. 901, qui dispose que pour faire une donation ou un testament, il faut être sain d'esprit ; pour être compris, cet article a besoin d'être rapproché de l'art. 504 ; autrement, si on l'isolait, il ressemblerait à une naïveté. Bien au contraire il a une si-

gnification très réelle et très importante, il constitue en effet pour toutes les libéralités, une sorte de retour au droit commun, dont l'art. 504 s'est écarté, et il veut dire ceci : c'est que pour attaquer une donation ou un testament, il n'est pas nécessaire que l'interdiction du donateur ou du testateur soit prononcée ou même provoquée, pas plus qu'il n'est nécessaire que l'acte porte la preuve en lui-même de la démence de son auteur; il suffit pour le faire tomber, d'établir que le disposant, au moment où il l'a fait, n'avait pas la plénitude de ses facultés intellectuelles, ou qu'il a obéi à une suggestion frauduleuse.

Une dernière conséquence découle de l'assimilation que nous avons faite de l'institution contractuelle à la donation, en ce qui concerne la capacité. Nous voulons parler de l'époque à laquelle doit s'apprécier la capacité chez le donateur. L'on sait en effet, qu'à la différence du donateur, chez lequel la capacité suffit au jour de la donation, le testateur doit être capable non seulement lors de la confection du testament, mais encore à l'époque de son décès. Les motifs qui ont déterminé le législateur sont faciles à comprendre et justifient très bien cette différence : il ne pouvait y avoir dans la donation deux époques à envisager; car, du jour où elle est faite, la donation est définitive et irrévocable, elle produit effet immédiatement et un changement de capacité dans la personne du débiteur ne peut avoir aucun effet sur elle; au contraire, le testament procède d'une volonté ambu-

latoire, il doit être l'expression de la volonté dernière ; il faut donc que cette volonté ait pu subsister jusqu'au décès ; de là cette exigence de la capacité et au jour de la confection du testament et au jour du décès.

Or, n'est-il pas de toute évidence que dès l'instant même où l'institution contractuelle est faite, on se trouve en présence d'un contrat parfait, irrévocable, auquel la volonté ne peut porter atteinte ? Aussi personne n'a jamais songé à exiger que l'instituant fût encore capable à son décès ; il suffit qu'il l'ait été lors de la donation de biens à venir ; vînt-il donc par la suite à être frappé d'une peine afflictive perpétuelle, la donation de biens à venir n'en produirait pas moins effet.

## CHAPITRE IV

### QUI PEUT RECEVOIR UNE INSTITUTION CONTRACTUELLE ?

La faveur du mariage est assurément la raison déterminante du maintien dans notre Code de l'institution contractuelle ; aussi ne doit-elle s'adresser qu'à ceux-là qui entreprennent de fonder une famille nouvelle, et naturellement aussi à cette famille elle-même, c'est-à-dire, aux futurs époux et à leur descendance. C'était la solution de l'ancien Droit, parce que, dit Lebrun (1), « la faveur des contrats de mariage ne concerne que ces personnes, et que ces contrats estant à leur égard, extrêmement privilégiés, et estant susceptibles de toutes sortes de clauses, sont des contrats à l'ordinaire à l'égard des autres personnes qui y sont mêlées incidemment. » C'est la solution de notre droit nouveau : l'art. 1082 porte en effet que la donation de biens à venir peut être faite « tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage. »

La raison que nous venons d'indiquer suffirait à elle seule pour démontrer que cette énumération est essentiellement limitative ; cette conviction sera mieux établie encore si l'on considère que l'institution contractuelle renferme de graves dérogations à

(1) Lebrun. *Des successions*, liv. III, chap. 2, n° 12.

deux règles fort importantes du droit commun : la maxime *donner et retenir ne vaut*, et cette autre règle qui prohibe les pactes sur succession future (art. 1130). Il importe donc de ne pas étendre le champ d'application de cette institution en dehors des limites fixées par le législateur.

Que l'un des époux puisse être institué seul, à l'exclusion de l'autre, cela est incontestable, car si le 1^er^ § de l'art. 1082 vise les deux époux, le second § parle de donation faite « au profit des deux époux, ou de l'un d'eux. » Rien ne s'oppose davantage à ce que les deux époux ne soient pas institués pour des parts égales, ou même que l'un ne soit appelé à recueillir la donation qu'au défaut de l'autre.

Que faudra-t-il décider, quand l'instituant a disposé au profit des époux, sans s'expliquer autrement ?

Dans notre ancien Droit, il fallait distinguer suivant que le donateur était étranger ou au contraire parent de l'un des futurs conjoints. Au premier cas, les époux étaient institués tous deux ; au second cas, la donation était réservée tout entière au conjoint parent du donateur, parce que c'était en considération de ce conjoint qu'elle était censée avoir été faite.

Dans le même ordre d'idées, on décidait que même si le parent de la future épouse avait institué directement le futur époux, la libéralité n'avait été faite qu'*uxoris nomine*, et que la future épouse était la véritable instituée.

Aujourd'hui, la réponse est des plus simples ; car toutes les distinctions de l'ancien Droit doivent incontestablement être écartées.

Il ne faut s'attacher désormais qu'aux expressions employées ; si le donateur veut que sa pensée ait un sens spécial, à lui de le dire. Ainsi il est bien certain que si la donation de biens à venir est faite *aux époux*, ils seront l'un et l'autre institués collectivement, au même titre, sans qu'on ait à rechercher la qualité du donateur ; de même si le mari seul est l'objet de la donation, il profitera seul de cette donation, sans que la femme puisse se prévaloir de sa parenté avec le donateur.

Cette interprétation est d'ailleurs non seulement conforme à l'intention présumée du disposant, mais elle est encore commandée par les principes généraux qui veulent que lorsqu'un droit divisible est conféré à deux personnes, ce droit se divise entre elles, à concurrence de moitié, si celui qui dispose ne s'en est pas expliqué autrement.

Voilà pour ce qui concerne les époux. Au point de vue des enfants, le texte de l'art. 1082 dit que la donation de biens à venir peut être faite, tant au profit des époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage. Ces expressions semblent indiquer de la manière la moins équivoque que l'on ne saurait instituer contractuellement que les descendants à naître du mariage à l'occasion duquel la donation a été faite.

Aussi cette opinion a-t-elle rallié à elle la doctrine

tout entière. Grenier avait bien tout d'abord essayé de soutenir que même les enfants issus d'un autre mariage, pouvaient recueillir la libéralité, au cas où ceux issus du mariage, objet de cette libéralité, étaient précédés ; mais il a dû rétracter lui-même cette opinion. En effet l'expression équivoque de postérité employée dans l'art. 1089, ne saurait prévaloir contre les termes si nets et si formels de l'art. 1082, 1^er^ et 2^e^ alinéas, et aussi contre l'intention du législateur, qui avait déjà déterminé la grande majorité de nos anciens auteurs à accorder la préférence à cette interprétation. Voici en effet comment s'explique Coquille (1) : « L'espérance de succéder est transmise aux enfants du même mariage et non aux autres héritiers, parce que la validité de telles convenances est en pure faveur dudit mariage, laquelle faveur regarde la lignée qui en doit issir. »

S'il est bon de ne pas donner à l'expression de postérité toute la portée qu'elle a naturellement, il est tout au moins certain qu'elle comprend aussi bien les petits-enfants issus du mariage que les enfants, comme elle comprend aussi sans nul doute les enfants déjà nés, et que le mariage en faveur duquel la donation est faite a légitimés ; car ces derniers ont les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage (art. 333).

Par contre, on ne saurait admettre au bénéfice de l'institution contractuelle les enfants adoptifs ; car ce

(1) Sur Nivernais. Tit. *Des Donations*, art. 12.

serait à la fois, forcer le sens des expressions de l'art. 1082 qui parle des enfants à naître du mariage, et celles de l'art. 1089 qui parle de postérité, et tenir bien peu compte de l'intention du donateur qui n'a évidemment pas fait une institution contractuelle pour favoriser une postérité artificielle.

Quant aux enfants naturels reconnus, il y a une distinction à faire : Sont-ils en effet institués contractuellement, soit par les ascendants ou les collatéraux de celui ou de ceux qui les ont reconnus, soit par tout autre étranger (car l'enfant naturel est étranger à la famille de ses père et mère) l'institution recevra son plein et entier effet, à la condition bien entendu que la quotité disponible ait été respectée. La constitution dotale leur est-elle faite au contraire par ceux qui l'ont reconnu, elle n'aura effet que dans la mesure où l'art. 908 permet à l'enfant naturel de recevoir. Et encore est-il bon de remarquer qu'un héritier légitime pourrait seul se prévaloir de la disposition de cet article, si bien que, au cas où l'enfant naturel ne serait en concours qu'avec des enfants naturels, ceux-ci ne seraient pas recevables à attaquer la donation faite par le père commun, laquelle sortirait son plein et entier effet.

Dans l'ancien Droit, l'on pouvait instituer directement les enfants à naître du mariage, à l'exclusion des père et mère. Est-ce encore permis aujourd'hui ? Incontestablement non. L'art. 1082 porte en effet que l'on peut disposer tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage,

dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. Pareille donation, dit le second paragraphe, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage.

On le voit, la loi ne permet la vocation des enfants que si le donateur survit au donataire. Ce n'est donc qu'en deuxième ordre, que subsidiairement, que les enfants sont appelés à l'institution, au lieu et place de leurs père et mère donataires, et qu'autant que ceux-ci décèdent avant le donateur.

De ce principe découle nécessairement la conséquence suivante : c'est que la donation de biens à venir faite directement au profit des enfants à naître, en passant par dessus la tête des père et mère, serait nulle.

Si elle est nulle, comme contraire à l'art. 1082, elle est encore nulle comme contraire aux principes : n'oublions pas qu'il s'agit en effet de faire une libéralité au profit d'enfants non encore conçus. C'est assez dire que nous sommes en dehors du droit commun. Et si une semblable dérogation peut étonner, au moins convient-il de faire observer que la donation repose sur quelque chose, il y a l'époux doté premier bénéficiaire qui acceptera pour lui et pour les tiers. Mais ici, au cas où l'on voudrait instituer directement *omisso medio*, les enfants, vraiment la donation ne reposerait sur rien ! Il n'est pas possible de

donner une aussi singulière extension à une disposition déjà si exceptionnelle en elle-même.

On peut se demander dès lors comment cette théorie s'était accréditée dans notre ancien Droit. La réponse que fournit à cette question M. Bonnet vient à l'appui de l'opinion que nous avons défendue, à savoir que la donation de biens à venir était envisagée par notre législateur comme une donation entre vifs: « L'Institution contractuelle, dit le savant auteur, telle que la pratiquaient quelques-unes de nos coutumes et l'ordonnance elle-même, tenait de trop près à la donation *mortis causa*, et à l'institution testamentaire dont elle ne différait que par l'irrévocabilité, pour qu'on ne dût pas se sentir disposé à lui en appliquer toutes les règles. De l'autorisation d'instituer par testament des enfants à naître, à la faculté d'instituer ces mêmes enfants par paction, il n'y avait qu'un pas, et ce pas avait été aisément franchi. En revenant à d'autres principes, en exigeant l'existence d'un donataire principal au moment de la disposition, le Code nous fournit la meilleure preuve qu'à ses yeux, la disposition ne constitue plus qu'une donation entre vifs (906) (1). »

Du principe posé plus haut, à savoir que les enfants ne sont appelés qu'en seconde ligne, il résulte encore que si l'institution a été faite taxativement aux époux ou à l'un d'eux et à leurs descendants, ces derniers ne pourront, contrairement à l'opinion

(1) Bonnet. *Des dispositions par contrat de mariage*. T. II. p. 100.

de Ricard (1) dans l'ancien Droit, venir en concours avec leur père et mère encore existants, pour partager le bénéfice de l'institution.

Si le donateur ne peut instituer les enfants à l'exclusion des époux, la réciproque est-elle vraie, et faut-il dire que le donateur ne peut instituer les époux à l'exclusion des enfants?

Assurément non, dirons-nous avec tous les auteurs, car l'art. 1082 présume seulement l'intention du donateur; dès lors cette présomption doit tout naturellement s'effacer devant l'expression d'une volonté contraire du donateur.

Toutefois Coin Delisle et M. de Fréminville contestent cette déduction, et soutiennent qu'il est impossible d'instituer contractuellement les époux sans instituer les enfants à naître de leur mariage (2).

Le principal argument de Coin Delisle est emprunté aux travaux préparatoires. La rédaction primitive portait que la donation, *quoique faite au profit des époux ou de l'un d'eux serait toujours présumée faite au profit des enfants... si le contraire n'avait été exprimé dans l'acte de donation.* Or, ce dernier membre de phrase fut supprimé par la section de législation; il y a plus, pour donner plus d'énergie à sa pensée, elle ajouta l'adverbe *seulement*, voulant bien montrer par là que quand même le donateur aurait déclaré ne vouloir donner qu'aux époux ou à l'un

(1) Ricard. *Des substitutions.* Ch. 8, sect. 2, 1re part., n° 533.

(2). Coin Delisle, art. 1082, nos 29 et 35; de Fréminville (sur Grenier, t. III. n° 415, note A.)

d'eux seulement, les enfants à naître n'en seraient pas moins appelés à recueillir le bénéfice de la donation.

Disons que jamais telle ne paraît avoir été l'intention des rédacteurs du Code. Ecoutons, en effet, Bigot Préameneu : « Les donateurs, disait-il, *pourront* prévoir le cas où l'époux mourrait avant eux, et, dans ce cas, *étendre* leur disposition au profit des enfants à naître du mariage. Dans le cas où les donateurs *n'auront pas prévu le cas de leur survie*, il sera présumé de droit que leur intention a été de disposer non seulement au profit de l'époux, mais encore en faveur des enfants et descendants à naître du mariage (1) ».

Ainsi donc, c'est une faculté et non une obligation pour le donateur d'étendre le bénéfice de la libéralité qu'il fait aux enfants, et le texte vient à l'appui de cette opinion, en se servant du mot : *présumé*. C'est ce que Marcadé a fait ressortir avec une grande puissance et une grande netteté d'argumentation : « Si dit-il, on avait entendu donner à cette suppression et surtout à l'addition du mot *seulement*, ce sens rigoureux ; si l'on avait voulu dire que les descendants seraient toujours appelés malgré l'expression formelle d'une volonté contraire, on n'aurait pas pu dire que la donation serait alors *présumée faite* à leur profit, mais bien qu'elle serait *faite* à leur profit ; on ne peut présumer que ce n'est pas exprimé. Quand le dispo-

(1) Exposé des motifs au Corps Législatif, dans la séance du 2 floréal an XI.

sant déclare positivement *non*, la loi peut bien dire que ce sera néanmoins *oui*, mais elle ne peut pas dire que le *oui* sera présumé. Il résulte déjà du mot : *présumé*, que les mots : *Si le contraire*..... n'ont été retranchés que comme inutiles, et que le mot *seulement* a été ajouté non pas pour le cas où le disposant aurait positivement déclaré donner seulement aux père et mère, en excluant ainsi les enfants, mais pour le cas où il aurait seulement déclaré donner aux père et mère, sans parler des enfants. (1) »

Concluons donc que rien n'empêche le donateur, de limiter les effets de la donation aux père et mère, mais il faut qu'il s'en soit expliqué formellement.

A défaut, en effet, d'une déclaration expresse, la présomption de la loi est que les enfants y sont compris.

En vertu de quel droit sont-ils appelés à la succession de l'instituant, quel est le fondement de leur vocation ?

Cette question avait donné naissance à plus d'un système dans notre ancien droit.

Pour Coquille, les enfants étaient appelés en vertu d'une transmission héréditaire, pour d'autres, ils étaient appelés par représentation.

Mais Lebrun faisait observer avec raison qu'il ne pouvait s'agir de transmission puisque l'institué, venant à mourir avant l'instituant, n'a rien recueilli, pas plus qu'il ne pouvait s'agir de représentation,

(1) Marcadé. Art. 1082, n° 2.

puisque celle-ci n'avait lieu que dans les successions *ab intestat*, et que les enfants étaient appelés même dans les coutumes où la représentation n'était pas admise.

La vérité n'était donc dans aucun de ces systèmes ; si on veut la découvrir très nettement formulée, il faut ouvrir la coutume d'Auvergne, sur l'art. 219. Voici en quels terme s'exprime Auroux du Pommiers : « Car, dit-il, entrant dans l'intention de celui qui a fait une institution contractuelle, on trouvera que son dessein n'est pas seulement d'avantager le conjoint qu'il institue, mais encore ses enfants et de les préférer à tous ses parents et que l'autre conjoint qui s'est marié en considération de ces avantages a compté qu'en tous cas, ses enfants en profiteraient ; ce qui fait qu'on regarde les enfants comme substitués et qu'on a établi parmi nous que toute institution contractuelle comprendrait une substitution tacite et vulgaire au profit des enfants de l'institué. »

Une substitution vulgaire tacite, voilà bien le caractère du droit des enfants à l'institution, et il ne faut pas en chercher ailleurs le fondement, aussi bien sous l'empire de notre droit civil que dans notre ancien droit.

Comment songer en effet à faire reposer cette vocation sur une idée de transmission ou de représentation. De transmission ? Mais l'époux institué ne peut rien transmettre, puisque son prédécès rend, quant à lui, la donation caduque, art. 1089. De représentation ? Mais qui dit représentation dit succession *ab intestat ;* or, nous ne sommes pas en

présence d'une succession *ab intestat*, mais bien d'une donation.

Serait-il possible d'y voir, ainsi que quelques auteurs anciens (1) le pensaient, une substitution *fideicommissaire?* Mais cette opinion qui était dès ce moment battue en brèche, doit être entièrement écartée, aujourd'hui que les substitutions *fideicommissaires* sont prohibées.

L'on peut donc hardiment conclure que les enfants sont appelés à recueillir le bénéfice de l'institution contractuelle, en vertu d'un droit propre, indépendant de celui de leur père et mère, qu'ils viennent *jure suo.*

De ce principe, découlent d'importantes conséquences :

1° Les enfants institués pourront recueillir l'institution, sans être tenus d'accepter la succession paternelle. Leur droit procède en effet en droite ligne du donateur.

La solution serait toute différente bien entendu, si le père avait survécu au donateur ; car les patrimoines seraient mélangés, ils n'en feraient plus qu'un ; les enfants viendraient alors *jure hœreditario.*

2° Si le donateur est un aïeul, les petits-enfants qu'il a institués dans le contrat de mariage de leur père, pourront, s'ils veulent éviter de rapporter les autres libéralités entre vifs que ce dernier aurait reçues du donateur, ne pas venir à la succession de

(1) Basmaison. *Sur Auvergne*, tit. 14, art. 26. — Président Duret. *Sur Bourbonnais*, art. 219.

celui-ci (car, ne pouvant y venir que par représentation, ils subiraient le rapport dont on vient de parler) et venir seulement à l'institution contractuelle. C'était l'opinion de Chabrol dans l'ancien Droit, et l'art. 848 C. civil, nous paraît justifier cette déduction.

3° Le donateur et le donataire ne pourraient modifier, même d'un commun accord, les effets de la donation, au respect des enfants à naître, car ils sont institués sous condition, et le jour où la condition se réalisera, les choses doivent être dans le même état qu'au jour de la donation.

Et cela, sans distinguer si la modification serait à l'avantage ou au détriment des enfants.

Ainsi, le donateur et le donataire voulûssent-ils, après coup, arriver à assigner des parts inégales aux enfants, c'est inutilement que dans ce but, le donateur essaierait de transformer la donation de biens à venir en une donation entre vifs ; celle-ci serait nulle et le droit des enfants resterait ce qu'il était lors de l'institution.

Au contraire, pour consolider leur droit, le donateur, toujours du consentement du donataire, a-t-il grevé après coup celui-ci d'une substitution expresse, il faut encore décider que cette substitution ne produira aucun effet ; c'est qu'en effet, il n'est pas possible de revenir sur des droits qui ont été irrévocablement fixés, et l'ont été par contrat de mariage (art. 1391)(1).

(1) Douai, 28 mars 1835. Dalloz. V. *Instit. contr.* n° 2085.

4° Si l'institué nomme un de ses fils légataire universel, le bénéfice de l'institution ne saurait être compris dans cette disposition testamentaire, et il sera attribué par portions égales à tous les enfants. En un mot, le donateur n'a pu attribuer aux enfants à naître du mariage que des parts égales, et rien, par la suite ne peut venir modifier cette égalité, quand même l'instituant y consentirait.

Nous résolvons ainsi dans le sens de la négative la question de savoir si le donateur peut instituer pour des parts inégales, les enfants à naître du mariage, ou s'il peut instituer l'un et ne pas instituer l'autre : nous réunissons ces deux questions, car elles sont intimement liées. Il ne faut pas perdre de vue en effet que l'art. 1082 constitue une dérogation notable au principe de droit commun écrit dans l'art. 906, et qu'il faut dès lors se renfermer étroitement dans les termes mêmes de cet article. Or, la loi ne fait aucune distinction ; elle appelle tous les enfants à naître ; elle les place tous sur la même ligne. D'ailleurs cette solution n'est-elle pas en parfaite harmonie avec l'esprit général de notre Code qui repose tout entier sur les idées les plus certaines d'égalité ? Qui n'en voit un frappant exemple dans l'art. 1050, à propos des substitutions *fideicommissaires permises ?*

Du reste, ainsi que le disent MM. Aubry et Rau « rien n'empêche que l'instituant ne se réserve, pour le cas du prédécès de l'institué, la faculté de distribuer inégalement entre les enfants de ce dernier les biens formant l'objet de l'institution, et même celle

de les attribuer exclusivement à quelques-uns d'entre eux (1). »

Il n'y a là en effet aucune extension illégale de l'exception à l'art. 906 que contient l'art. 1082; car le donateur ne dispose pas quant à présent, il se réserve seulement le droit de disposer un jour. Il ne disposera peut-être jamais au profit de l'un des enfants; car il est bien évident que la réserve qu'il fait n'a rien d'obligatoire pour lui; en somme, elle est à peu près illusoire en fait; et en droit, elle se justifie fort bien par la raison que nous avons déjà donnée. Elle équivaut à la stipulation par laquelle le donateur aurait déclaré limiter les effets de la donation aux époux institués, en excluant de cette libéralité les enfants à naître; et nous savons que cette stipulation est parfaitement licite.

Que faudra-t-il décider si le donateur a institué quelques-uns des enfants, et a exclu les autres, ou s'il ne les a pas institués tous pour des parts égales?

Devra-t-on exclure tous les enfants ou les appeler tous avec des parts égales?

Autrement dit, la donation de biens à venir est-elle nulle ou au contraire valable?

Pour nous, nous croyons qu'elle est valable, par la raison qu'elle n'est pas subordonnée quant à sa validité, à l'efficacité de la substitution. Or, celle-ci devant être considérée comme non avenue, elle fait place à la substitution tacitement stipulée par le

(1) Aubry et Rau. T. VIII, note 30, p. 70, V. cass. 25 novembre 1834 — (Sir. 1835, 1, 253.

second alinéa de l'art. 1082, et dès lors tous les enfants viendront par parts égales. Qu'on ne dise pas que le donateur pouvant les exclure tous, l'exclusion partielle entraîne l'exclusion totale ! Il est vrai : il pouvait les exclure tous, mais il ne l'a pas fait ; il n'a donc pas rempli la condition voulue ; et la présomption de l'art. 1082 § 2 conserve tout son empire.

Faisons observer enfin, avec M. Demolombe (1) que notre solution respecte davantage l'intention vraisemblable du donateur, qui n'a certainement pas voulu exclure tous les enfants, et c'est cependant le résultat auquel aboutirait l'interprétation contraire (2).

Nous avons dit que les enfants étaient appelés au bénéfice de l'institution en vertu d'une substitution vulgaire tacite ; il s'en suit que leur droit s'ouvrira, du moment où ils auront survécu au donateur, quelle que soit d'ailleurs la cause qui ait empêché l'époux institué de recueillir l'institution, son prédécès ou sa renonciation ; l'indignité ne trouve pas en effet d'application ici, à cause de l'art. 959, qui dispose que les donations en faveur du mariage, ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude.

M. Bonnet (3), il est vrai, refuse de se rallier à cette théorie, qui lui paraît incompatible avec les termes de l'art. 1082. Cet article prévoit en effet seulement le cas « *où le donateur survivrait au donataire* »,

(1) Demolombe, t. XXIII, n° 291.

(2) Massé et Vergé, t. III, p. 328, et Aubry et Rau, t. VIII, § 739, p. 71. Texte et note 33.

(3) Bonnet. 2. 11. n° 370.

« *ledit cas de survie du donateur* » ; il en conclut que ces expressions sont limitatives, et que dès lors, on ne peut assimiler le cas de renonciation qui n'a pas été prévu par la loi, au cas de prédécès, le seul que cette loi ait prévu.

Cette argumentation ne saurait nous convaincre, car outre que cette interprétation n'est pas conforme à l'intention du donataire qui a eu en vue la création du patrimoine de la famille qui allait se former, elle n'est pas commandée par le texte lui-même. On sait, en effet, que souvent le législateur a employé l'expression de *en cas de prédécès* comme synonyme de celle-ci : *à défaut de*. Les art. 750, 759 et 766 nous offrent des exemples de ce genre.

D'ailleurs l'art. 1089 en décidant que la donation n'est caduque qu'au cas où le donateur survit au donataire et à sa postérité, ne semble-t-il pas bien clairement exprimer par là que du moment où les enfants survivent au donateur, ils recueillent l'institution, sans qu'on ait à rechercher pour quelle cause l'époux institué, lui, ne recueille pas ? (1).

La substitution vulgaire tacite dont on vient de parler n'a pas lieu dans les donations de biens à venir faites par l'un des futurs époux à l'autre par contrat de mariage. L'art. 1096 s'exprime en effet de la façon suivante : « La donation de biens à venir ou de biens présents et à venir, faite entre époux par contrat de

(1) Demolombe. T. XXIII, n° 329. — Colmet de Santerre. T. IV, 255 bis V. — Troplong. T. IV, n° 2357. — Aubry et Rau. T. VIII, § 739, note 29.

mariage, soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers, sauf qu'elle ne sera pas transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur. » On aperçoit facilement les motifs de cette différence entre la donation de biens à venir de l'art. 1093 et celle de l'art. 1082. En effet, quand la donation émane d'un tiers, si les enfants à naître n'étaient pas substitués vulgairement, le bénéfice de l'institution leur échapperait complètement au cas de prédécès de leur père et mère donataires ; tandis que dans l'hypothèse de l'art. 1093, le même inconvénient n'est pas à craindre : car ce qu'ils n'auront pas comme donataires, les enfants le retrouveront comme héritiers.

Une autre considération a également guidé le législateur : il n'a pas voulu enlever au père ou à la mère survivant le droit de faire des dispositions à titre gratuit (art. 1083), ce qui eût été porter un rude coup à l'autorité paternelle, puisque le père ou la mère se serait ainsi trouvé dans l'impossibilité de disposer de la quotité disponible au profit d'un étranger ou d'un enfant par *préciput*, c'est-à-dire qu'on lui eût enlevé par là, le droit de récompenser ou de punir.

Si en l'absence de toute déclaration, les enfants ne sont pas substitués vulgairement, pourront-ils l'être tout au moins, par l'effet d'une disposition expresse ?

On l'a soutenu, et on a voulu ne voir dans la disposition finale de l'art. 1093 qu'une présomption de

volonté qui pouvait dès lors être détruite par une volonté expresse (1).

Telle ne saurait être notre opinion. Il nous paraît tout d'abord que les motifs que nous avons donnés de la disposition dont s'agit, ne peuvent se concilier avec la doctrine contraire. D'ailleurs le texte lui-même par le futur dont il se sert, éveille bien l'idée d'un commandement: elle ne *sera* pas transmissible, cela ne veut pas dire que la transmissibilité ne se présumera pas. Enfin, le droit commun n'interdit-il pas en principe de donner aux enfants non encore conçus? Si donc, il y a doute, n'est-ce pas aux principes de droit commun qu'il faut faire appel, plutôt qu'aux principes posés par l'art. 1082 qui n'est que l'exception (2) ?

La substitution vulgaire tacite, qui découle de l'art. 1082, n'est pas exclusive d'une substitution *fideicommissaire*, opérant celle-là, à défaut de l'autre, et pour le cas seulement où le donataire survivrait au donateur. Rien n'empêche, sous l'empire de notre Code, l'association de ces deux substitutions; car la substitution *fideicommissaire* est permise aussi bien dans les donations de biens à venir que dans les donations de biens présents : les art. 1048 et 1049 ne distinguent pas. Il va sans dire que la substitution *fideicommissaire* devra présenter les

(1) Aubry et Rau. T. VIII, § 741 et 742, texte et note 4. — Duranton T. IX, p. 770, n° 759.

(2) Demolombe. T. XXIII, n° 417. — Troplong. T. IV, n° 2539. — Colmet de Santerre. T. IV, n° 269 bis II.

conditions exigées par ces deux articles et la première conséquence qui découle de là, c'est qu'un très petit nombre de personnes pourront y recourir : un ascendant ou un frère seuls pourront faire une institution contractuelle avec substitution *fideicommissaire*.

Une seconde conséquence en découle également ; c'est que, à la différence de l'institution contractuelle pure et simple, qui ne peut profiter qu'aux enfants à naître du mariage, l'institution contractuelle accompagnée de substitution *fideicommissaire* profitera à tous les enfants, de quelque lit qu'ils soient.

Ces substitutions *fideicommissaires* contractuelles étaient, surtout dans notre ancien Droit, d'un usage très fréquent; comme il était loisible à l'instituant de ne grever l'institué de substitution qu'au profit d'un seul de ses enfants, le plus souvent il choisissait l'aîné, pour recueillir le bénéfice entier de l'institution. C'était un excellent moyen de favoriser la splendeur du nom !

Il est une clause que l'on rencontrait également dans beaucoup de contrats de mariage de notre ancien Droit, jointe à une institution contractuelle. Nous voulons parler de la *clause d'association*. Voici comment Auroux des Pommiers la définit (1): « Si un père, dit-il, marie son fils aîné, et qu'en le mariant, il l'institue son universel héritier, à la charge d'associer ses frères et sœurs pour une certaine portion dans l'institution, en ce cas cette substitution *fidei-*

(1) Sur l'art. 224 de la cout. de Bourbonnais.

*commissaire* vaudra, au profit des frères et sœurs, comme une condition de l'institution dont elle fait partie ; et les frères et sœurs prendront leurs part et portion de la main de leur frère aîné, héritier institué, sans qu'ils puisse la leur refuser ; car, l'association étant une charge de l'institution, dont elle fait partie, le frère aîné institué est dans la nécessité ou de renoncer à l'institution ou de consentir à l'association. »

On le voit, c'était un moyen d'éluder la sévérité de la loi, qui ne permettait l'institution contractuelle qu'en faveur du mariage, c'est-à-dire, des époux et des enfants à naître du mariage : par la clause d'association, on réusissait à faire, suivant l'expression de nos anciens auteurs, l'*équipollent* (1) d'une institution contractuelle et cela, au profit des tiers, le plus souvent les frères et sœurs de l'institué ; on instituait le futur époux, avec charge de faire participer ces derniers, dans une proportion déterminée, au bénéfice de l'institution. On n'était pas d'accord sur le caractère à assigner à cette clause d'association ; les uns y voyaient une condition de l'institution, les autres une substitution fidéicommissaire. On n'était pas davantage d'accord sur le point de savoir si la clause d'association jouissait du privilège de l'irrévocabilité, au même titre que l'institution, ou si au contraire elle pouvait être révoquée par l'instituant. Tandis qu'Espiard, le commentateur de Lebrun tenait pour le premier parti, avec le commentateur de la coutume

(1) Lebrun. *Des successions*, liv. 3, chap. 2, n° 16.

de Bourbonnais, Furgole et Lebrun enseignaient que l'irrévocabilité était le propre de l'institution contractuelle, et qu'elle ne devait profiter qu'aux futurs époux et à leurs enfants, de sorte que la clause d'association, pouvait, suivant ces auteurs, être révoquée par l'instituant, du moins avant l'ordonnance de 1747 sur les substitutions, qui rendit irrévocable toutes substitutions apposées à une institution contractuelle.

Cette clause, si fréquente dans l'ancien Droit, serait-elle encore valable dans notre droit nouveau ?

Nous ne le pensons pas, et nous estimons, avec l'immense majorité des auteurs, et avec la jurisprudence que les principes nouveaux du Code civil s'élèvent avec la plus grande force contre la validité d'une pareille clause.

Il nous semble en effet de la dernière évidence que l'art. 1082 en autorisant la donation de biens à venir au profit des futurs époux et des enfants à naître de leur mariage, a entendu exclure de la manière la plus formelle, toutes autres personnes.

Il ne faut pas perdre de vue en effet, que la donation de biens à venir est une institution toute de faveur, tout exceptionnelle, qui déroge aux règles du droit commun, écrites dans les art. 943 et 1130 du C. Civil, et qu'il faut bien dès lors se garder d'étendre en dehors des termes de la loi. Or, il n'a rien moins fallu que la faveur du mariage, et le désir de l'encourager, pour faire admettre ces importantes dérogations au droit commun. C'est assez dire que le

législateur entendait n'en faire profiter que ceux qui allaient entrer dans les liens du mariage ; il l'a étendue, par un motif qui se comprend aisément, aux enfants à naître. Mais il ne faut pas aller plus loin, sous peine de ne respecter ni l'intention du législateur, ni les termes de l'art. 1082.

Il est bien vrai que cette clause était valable dans notre ancien Droit. Oui, mais rappelons-nous que de l'aveu même de Lebrun, elle n'était qu'un moyen d'éluder la sévérité de la loi, autrement dit, de la tourner.

Il n'en faut pas davantage pour que nous ayons le droit de récuser en cette matière l'autorité des anciens auteurs ; car il ne saurait être permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement ; or du moment où l'art. 1082 s'oppose à ce qu'on institue directement tout autre que les futurs époux ou leurs enfants, l'art. 1082 défend par là même qu'on arrive indirectement, en tournant la loi, à instituer d'autres personnes que celles qu'on vient de désigner.

Cette doctrine a toutefois rencontré des adversaires, dont le plus convaincu et le plus autorisé est l'auteur du Répertoire, Merlin (1).

Merlin établit tout d'abord que, en prohibant les substitutions, l'art. 896 du C. civil n'a point voulu considérer comme substitution les *fideicommis*, qui ne sont caractérisés ni par l'*ordo successivus* ni par le *tractus temporis* ; et que dès lors la clause d'associa-

(1) Repert. V. *Inst. contr.* § 5, n° VIII, *Adde.* Vazeille. Art. 1082, n° 13.

tion n'est autre qu'une substitution *fideicommissaire*, ne tombant pas sous l'application de l'art. 896, puisque c'est à l'instant même où il recueille l'institution que l'institué est chargé de remettre au tiers la part qui lui revient dans l'institution

A quoi nous répondons que, malgré l'opinion d'Auroux du Pommiers, la clause d'association, Merlin le reconnait lui-même, ne renferme pas une substitution *fideicommissaire ;* et d'ailleurs, ajouterons-nous, les dispositions du C. civil sur les substitutions *fideicommissaires* sont évidemment étrangères à la question.

« Ce qui achève, dit Merlin, de démontrer qu'il est dans l'intention du Code de laisser subsister ces charges, c'est que par l'art. 1121, il est dit qu'on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à une autre. Assurément on peut, d'après cet article, donner à Pierre une masse de biens, à la charge d'en détacher au profit de Paul une maison, un champ, un vignoble, et si Paul acquiert par une donation ainsi faite, quoiqu'il ne l'ait pas acceptée, quoique l'acceptation soit de l'essence de toute donation entre vifs, le droit de se faire délivrer l'objet que le donataire est chargé de lui remettre, on ne voit pas pourquoi le tiers associé à une institution contractuelle, ne pourrait pas également, quoiqu'il ne se soit pas marié à l'instant où elle a été faite quoiqu'elle n'ait pas été faite en faveur de son mariage, se faire délivrer par

l'institué la portion à laquelle l'instituant l'a appelé par cette voie. »

On ne voit pas pourquoi l'art. 1121 n'est pas applicable ici ! On le voit très bien au contraire. En effet, cet art. n'a entendu régler qu'une question de forme, et il a dérogé seulement aux art. 931 et suivants. Mais il suppose évidemment que la donation aurait pu être faite en entier à celui qui y est gratifié. Voilà où est l'erreur de Merlin, et lui donner la portée que lui donne ce jurisconsulte c'est faire dire à ce texte qu'on pourra donner indirectement ce que la loi défend de donner directement.

Et puis, comment veut-on que l'art. 1121, qui a été fait en vue des donations ordinaires, soit applicable à une donation d'un genre tout spécial, qui a ses règles propres, qui déroge non seulement aux art. 943 et 1130 dont nous avons parlé plus haut, mais encore à l'art. 893 qui ne permet de disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre vifs ou par testament ?

Disons enfin que Merlin ne voit autre chose dans la clause d'association qu'une donation à cause de mort.

N'est-il pas évident que cela suffit pour que les rédacteurs de notre Code ne l'aient pas admise, eux qui ne reconaissent pas de donation à cause de mort ? (1).

(1) Bourges, 19 décembre 1821. Sir. 22. 2. 110. — Aubry et Rau. T. VIII, p. 66, texte et note 25. — Grenier, T. II. n° 423, et *Dissertation sur la validité ou l'invalidité de la clause d'association, à la*

Concluons donc que la clause d'association est nulle. Mais une question se pose immédiatement. Qui profitera de la nullité ? Sera-ce le donataire, ou au contraire les héritiers *ab intestat* du donateur ?

Il y a d'abord un point certain : c'est que la clause d'association, elle, est révocable, de sorte qu'il sera facile au donateur d'éviter toute espèce de difficultés et de procès après sa mort.

Mais si les choses sont restées intactes, que décider ?

Faut-il y voir une condition, et par application de l'art. 900, la considérer comme non écrite, c'est-à-dire attribuer au donateur le bénéfice de la clause d'association ?

Ou bien, faut-il la considérer comme formant une véritable institution contractuelle distincte, à côté de l'institution dans laquelle elle est insérée, de telle manière que la part inutilement destinée au tiers incapable, fasse retour à la succession *ab intestat* du donateur ?

C'est à ce dernier parti qu'il convient de se ranger, en principe (1).

En effet, en y regardant de près on voit que le donateur a bien moins entendu attribuer la totalité de la libéralité aux époux, à charge par ceux-ci de

*suite du Traité des Donations.* — Troplong. T. IV, n° 2161. — Colmet de Santerre. T. IV, n° 255 bis, VII. — Demolombe. T. XXIII, n° 294. — Bonnet. T. II, n° 385.

(1) Aubry et Rau. T. VIII, § 739, texte et note 26. — Colmet de Santerre. T. IV, n° 255 *bis*, VIII. — Troplong. T. IV, n° 2362. — Demolombe. T. XXIII, n° 295. — Bonnet. T. II, n° 386 et suiv.

se dessaisir des biens compris dans l'association, qu'il n'a entendu faire échec à la loi, faire, suivant l'expression quelque peu naïve de nos vieux auteurs, l'*équipollent* d'une institution contractuelle. Et dès lors, si en réalité la clause d'association n'est qu'une fraude à la loi, on s'aperçoit bien vite que l'art. 900 n'a rien à faire ici, puisqu'il s'agit beaucoup moins au fond d'une condition apposée à une seule institution contractuelle que de deux institutions contractuelles distinctes, et la vérité est que l'instituant a eu l'intention que l'époux aussi bien que le tiers associé n'ait que la part qui devrait lui appartenir, si la disposition était exécutée telle qu'elle a été faite.

Il suit de là que les biens compris dans la clause d'association feront retour non pas à l'époux, mais aux héritiers du sang du donateur.

Et nous enlevons du même coup un gros argument à Merlin.

Pour cet auteur (1) en effet, la conséquence forcée de la nullité de la clause d'association est que l'on doit considérer cette clause comme une condition illicite apposée à une institution contractuelle, partant comme non écrite, aux termes de l'art. 900. Or, n'est-ce pas aller ouvertement contre la volonté du donateur ? Car il est incontestable qu'il n'a voulu donner à l'époux qu'une part, et on lui donne l'intégralité ! Et en présence d'une pareille absurdité, Merlin conclut avec plus de force encore, à l'impossibilité du système qu'il combat.

(1) Merlin. *Loc. cit.* — *Adde,* Delvincourt. T. II. p. 263.

Ce reproche d'inconséquence et d'absurdité, nous venons de voir combien il est facile d'y échapper en analysant le véritable caractère de la clause d'association, en y voyant non pas une condition illicite, mais bien une véritable institution contractuelle ;

Si tel est le principe, nous ne croyons pas toutefois qu'il soit inflexible au point de ne pas fléchir devant certaines considérations de fait, lesquelles établiraient que la volonté du donateur a été d'instituer principalement et avant tout, pour la totalité de la libéralité, les époux ; auquel cas la nullité de la clause profiterait au donataire. Mais ce n'est qu'exceptionnellement ; et il faudrait que l'intention du donateur fût nettement formulée, ou tout au moins résultât de l'ensemble de l'acte, des termes dont il se serait servi de la qualité du donataire.

# CHAPITRE V

## DE LA NULLITÉ ET DE L'ANNULABILITÉ DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Les conditions nécessaires à la validité de l'institution contractuelle nous étant connues, il faut indiquer quelles conséquences entraînera l'absence de l'une de ces conditions. Bien qu'un texte fasse défaut pour déterminer dans quels cas elle sera inexistante, dans quel cas, au contraire, elle ne sera qu'annulable, la question se résoudra sans trop de difficultés : il suffira en effet de faire appel aux principes généraux du droit, d'une part, et d'autre part, aux règles essentielles de la donation de biens à venir.

La donation de biens à venir a-t-elle été faite par un acte sous seing privé, ou par un acte authentique nul comme tel? Il est hors de doute qu'elle serait nulle, d'après les principes du droit commun.

Suppose-t-on qu'elle a eu lieu dans un acte autre qu'un contrat de mariage ?

Malgré l'autorité de M. Demolombe qui voit dans cette violation de la loi une simple annulabilité (1), sans motiver d'ailleurs son opinion, nous croyons qu'une telle donation serait absolument inexistante.

La raison de décider serait, d'après M. Laurent (2)

(1) Demolombe. T. XXIII, n° 296.
(2) Laurent. T. XV, n° 208.

que la donation de biens à venir faite en dehors du contrat de mariage, ne constitue plus qu'un pacte successoire, en dehors des conditions prévues par l'art. 1130, et qui dès lors, doit être déclaré inexistant.

Le point de départ même de cette argumentation, à savoir la nullité de tout pacte sur succession future, qui ne remplit pas les conditions voulues par la loi, pouvant être contesté, nous préférons justifier notre théorie par le rapprochement, la combinaison des art. 943 et 1082 du C. civil.

L'art. 943 prononce en effet en principe, la nullité des donations de biens à venir; l'art. 1082 en les autorisant dans le contrat de mariage contient une disposition tout exceptionnelle, et l'on ne saurait sortir des termes de l'art. 1082 sans rentrer dans ceux de l'art. 943; si donc on n'a pas inséré la donation dans le contrat de mariage lui-même, on n'a pas respecté la condition prescrite par l'art. 1082, et on a fait un contrat nul, aux termes de l'art. 943, nul et non pas simplement annulable, parce que c'est bien une condition essentielle à l'existence même de la donation de biens à venir, que cette donation soit contenue dans un contrat de mariage.

C'est pour le même motif que l'on devrait suivant nous, déclarer nulle la donation faite au profit d'autres personnes que les futurs époux et les enfants à naître de leur mariage.

Elle nous apparaîtrait encore comme inexistante, au cas où elle serait faite directement aux enfants à naître; car si l'art. 1082 autorise la donation faite à

ceux-ci, c'est une dérogation importante à un principe fondamental du droit, lequel dit qu'il n'y a pas de contrat sans consentement; aussi faut-il de toute nécessité renfermer rigoureusement cette donation dans les termes de la loi et comme cette dernière ne l'autorise qu'autant que les époux ont été institués, il est certain que l'inobservation de cette condition vicie la donation et la rend nulle.

Elle ne serait au contraire qu'annulable, à notre avis, si elle émanait de personnes incapables de donner entre vifs, comme le mineur âgé de plus de seize ans, ou la femme mariée non autorisée de son mari; car l'incapacité de l'une des parties contractantes ne rend pas par là-même un acte nul, mais seulement annulable, de telle sorte que l'incapable seul peut opposer la nullité.

Au cas d'annulabilité de l'institution contractuelle, pendant combien de temps les ayants droit peuvent-ils faire valoir l'action en nullité? et à partir de quel moment la prescription commence-t-elle à courir contre eux?

La réponse à ces deux questions est différente suivant qu'on envisage le donateur ou ses héritiers.

Et d'abord, pendant quel délai l'action en nullité peut-elle être mise en mouvement?

Il est bien certain que le délai assigné au donateur est le délai prescrit par l'art. 1304; c'est-à-dire le délai de dix ans.

Quant aux héritiers, il nous paraît impossible de leur appliquer ce même art. 1304.

Il est bien vrai qu'en principe, les héritiers sont représentés par leur auteur, dans les actes que celui-ci a passés avec les tiers, et ils ne peuvent dès lors agir que du chef de ce dernier. Mais cela n'est vrai que des actes à titre onéreux, et cela ne peut plus l'être des actes à titre gratuit ; car, loin de les représenter, le donateur prive par ses libéralités les héritiers du droit qu'ils tiennent de la loi. Aussi sont-ils, à cet égard, de véritables tiers, et intentent-ils l'action en nullité non plus du chef de leur auteur, mais en vertu d'un droit propre, distinct, et de leur propre chef. L'art. 1304 cesse donc par là-même d'être applicable, et il faut dire que les héritiers du donateur pourront exercer l'action en nullité pendant 30 ans, conformément au droit commun, régi par l'art. 2262.

Quel est le point de départ de ces divers délais, celui de 10 ans et celui de 30 ans ?

Ce dernier délai est assurément accordé aux héritiers à partir du décès de l'instituant, *actioni non natæ non præscribitur*.

Quant au donateur, nous croyons que l'art. 1304 lui étant applicable il peut agir du jour où l'incapacité a cessé, et que s'il laisse écouler une période de dix années à partir de ce moment, sans agir, il n'est plus recevable à intenter ensuite son action, celle-ci se trouve prescrite.

Un arrêt de Besançon, du 20 mars 1844 (1) a jugé que l'action en nullité ne court qu'à partir du décès,

(1) Delloz, 1845. 4. 365.

en se fondant sur l'article 2257. Cet article qui dispose que la prescription ne court à l'égard d'une créance suspendue par une condition que du jour de l'avénement de cette condition, n'a évidemment pas eu en vue l'espèce de l'institution contractuelle. Le donateur n'a pas en effet de créance contre le donataire, il est lié par un contrat, qui l'empêche de disposer à titre gratuit, rien ne l'empêche de demander la nullité de ce contrat immédiatement; son intérêt lui commande d'agir vite.

MM. Aubry et Rau (1) aboutissent à la même conclusion que l'arrêt de Besançon, mais par des motifs bien différents ; d'après ces éminents auteurs, le vice résultant de l'incapacité du donateur n'est pas susceptible de se couvrir, après la cessation de l'incapacité, soit par confirmation, soit par prescription de dix ans. Il n'est pas susceptible de se couvrir par confirmation, parce qu'un tel acte, pendant la vie du donateur, constituerait un pacte successoire, et que ce pacte, n'étant pas fait dans les conditions déterminées par la loi, serait nul. Il n'est pas dès lors susceptible de se couvrir davantage par la prescription de dix ans, pendant la vie du donateur, puisque cette prescription n'est autre chose qu'une confirmation tacite, et que là où la confirmation expresse est dénuée de tout effet, la confirmation tacite ne saurait en avoir.

Cette argumentation nous paraît manquer de base, car le propre de la confirmation est d'avoir effet au

(1) Aubry et Rau. T. VIII, § 739, texte et note 40.

jour même où l'acte qu'il s'agit de confirmer a été passé ; et cet effet rétroactif, si important, nous permet, ce nous semble, de répondre victorieusement à la doctrine de MM. Aubry et Rau. Assurément, les stipulations sur succession future sont nulles, en principe, et ce n'est qu'exceptionnellement, à la condition d'être renfermées dans un contrat de mariage, qu'elle sont permises. Or, nous supposons un contrat de mariage, non pas nul en la forme, car il ne saurait être, en quelque manière que ce soit, confirmé, mais un contrat de mariage régulier, valable en la forme ; seulement, au moment où il a été dressé, la personne qui y insérait une institution contractuelle, n'était pas capable. Plus tard, l'incapacité qui la frappait, disparaît ; et voulant assurer le sort de la libéralité qu'elle a faite, elle laisse écouler le délai de dix ans, ou bien elle confirme expressément l'acte de donation. Et on objecte qu'elle ne le peut pas, parce qu'elle contrevient à la disposition de l'art. 1130, qui déclare nuls tous pactes successoires ! Mais vraiment non ! on oublie l'effet rétroactif de la confirmation. Par cette confirmation, la donation contenue au contrat de mariage sera censée avoir été faite *ab initio* par une personne capable, et avoir toujours rempli les conditions que la loi exige pour la validité de l'institution contractuelle.

Concluons donc que la prescription de dix ans, qui n'est qu'une confirmation présumée, peut courir contre le donateur, et qu'elle court contre lui, du jour même où son incapacité a cessé.

## CHAPITRE VI

### CLAUSES SPÉCIALES QUI PEUVENT ÊTRE INSÉRÉES DANS L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

L'art. 1086 est ainsi conçu : « La donation par contrat de mariage, en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage, pourra encore être faite, à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté, par quelque personne que la donation soit faite : le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation ; et, en cas que le donateur, par contrat de mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation et appartiendront au donataire ou à ses héritiers. »

Ce texte, on le voit, contient deux parties distinctes ; dans l'une, la première, il permet au donateur de mettre comme donation à la libéralité, que le donataire supportera toutes les dettes de sa succession, ou d'insérer telle condition potestative qu'il lui plaira ; dans l'autre partie, il indique les effets de la faculté que le donateur a pu se réserver de disposer

d'un objet ou d'une somme compris dans la donation.

Mais tout d'abord, ce texte s'applique-t-il à l'institution contractuelle ?

Il est un point sur lequel tout le monde est d'accord ; c'est que tout au moins l'art. 1086 est applicable dans sa première partie à la donation de biens à venir ; il n'y a de difficulté que sur la question de savoir s'il est également applicable à la donation de biens présents.

Nous croyons qu'en écrivant l'art. 1086, le législateur n'a voulu qu'une chose : renforcer le principe posé déjà dans l'art. 947, et qui était déjà celui de l'ancien Droit, à savoir que la maxime : *Donner et retenir ne vaut*, doit être écartée dans les contrats de mariage, et que dès lors l'art. 1084 régit non seulement les donations de biens à venir, mais encore les donations de biens présents et les donations cumulatives des biens présents et à venir.

Nous ne faisons qu'exprimer notre opinion, parce que la question, dont la discussion comporterait de plus longs développements, ne rentre pas dans le cadre de notre sujet.

On a essayé de soutenir qu'on ne pouvait étendre les dispositions de l'art. 2086, dans sa deuxième partie, à la donation de biens à venir.

Est-ce parce que le texte parlerait du donateur de biens présents ?

Il faut reconnaître que sa rédaction eût pu être plus correcte.

Mais il est impossible que les rédacteurs du Code

n'aient pas eu en vue, avant tout et surtout, le donateur de biens à venir. Car c'est principalement dans les donations de ce genre que l'utilité de ces réserves se fait sentir ; et c'est ce qui faisait dire à Furgole (1) : « Si dans le cas que la donation en contrat de mariage est de biens présents seulement, la chose, dont la faculté de disposer a été réservée, appartient au donataire, quand le donateur n'en a point disposé, cela doit avoir lieu, à plus forte raison, lorsque la donation est de tous biens présents et à venir. »

D'ailleurs, pour conférer ce droit au donateur de biens à venir, est-ce que la 1re partie de l'art. 1086 ne suffit pas ? Est-ce que la faculté de soumettre ses libéralités à des conditions dépendant de sa volonté n'implique pas pour le donateur, le droit de se réserver la disposition d'une somme ou d'un objet compris dans la donation ?

Reprenons séparément chacune des parties de l'art. 1086.

La première contient deux dérogations à des principes du droit commun, écrits dans les art. 944 et 945.

Par dérogation à l'art. 944, le donateur peut faire une donation de biens à venir, sous une condition dont l'exécution dépendrait de sa volonté.

Il ne faudrait pas pousser l'application de ce principe au point d'assimiler la condition dont nous parlons à une condition purement potestative : *si*

(1) Furgole. Sur l'art. 18 de l'Ordonnance.

*placuerit* ; une telle condition n'est pas capable de créer un lien de droit, cet élément essentiel à tout contrat, et une institution contractuelle, faite en ces termes : « Je vous donnerai tout ou partie de mes biens, si je veux » serait radicalement nulle. Car s'il est possible que je veuille un jour, je ne veux pas, quant à présent, et je ne puis rien donner, sans vouloir au moment où je donne. Mais si au lieu d'une condition suspensive, nous supposons une condition résolutoire, la donation sera-t-elle encore nulle ? « Je vous donne 1000 francs, mais vous me les rendrez, si je le veux ». M. Bonnet (1) n'aperçoit pas plus dans cette hypothèse que dans la précédente, de lien de droit, et il leur applique en conséquence la même solution, c'est-à-dire la nullité. Nous croyons plus vrai de dire avec M. Demolombe (2) et Colmet de Santerre (3), que la condition résolutoire n'entraîne pas la nullité des donations par contrat de mariage. Le lien de droit, en effet, mais il existe ; il y a volonté actuelle de donner ; cela suffit pour valider la libéralité. Une telle donation pourrait bien d'après le droit commun, être annulée comme faite en violation de la maxime : *Donner et retenir ne vaut* ; mais précisément l'art. 1086 a pour but de faire de cette règle une lettre morte, en matière de donations par contrat de mariage.

Par une autre dérogation à l'art. 945, l'art. 1086

(1) Bonnet. T. II, n° 572.
(2) Demolombe. T. XIII, n° 376.
(3) Colmet de Santerre. T. IV, n° 259 bis.

permet au donateur de faire une institution contractuelle, sous la condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur.

On peut se demander ce que devient ce principe d'*irrévocabilité*, qui est la caractéristique de la donation de biens à venir, comme nous l'avons vu, et qui la distingue si profondément du testament. Il faut reconnaître que ce principe se trouve du même coup singulièrement affaibli, pour ne pas dire qu'il n'est plus qu'un vain mot. Cela est vrai, et cependant il est bon de faire observer qu'à la différence du testament, qui peut être révoqué *directement*, la donation de biens à venir, même accompagnée de pareilles conditions, ne pourra être révoquée que par contre-coup en quelque sorte, qu'*indirectement*, de telle sorte qu'il est encore exact de dire que l'*irrévocabilité* qui caractérise ces donations, subsiste *en principe*.

D'ailleurs ces conséquences qui peuvent paraître bizarres sont bien dans l'eprit du législateur, il les a certainement voulues. Les paroles suivantes de Bigot Préameneu devant le Corps législatif en font foi : « Toute loi dans laquelle on ne chercherait pas à encourager les mariages, serait contraire à la politique et à l'humanité. Loin de les encourager, ce serait y mettre obstacle, si on ne donnait pas *le plus libre cours* aux donations, sans lesquelles ces liens ne se formeraient pas. Il serait même injuste d'assujettir les parents donateurs aux règles qui dis-

tinguent, d'une manière absolue, les donations entre vifs des testaments... Non seulement, les contrats de mariage participent de la nature des actes entre vifs et des testaments, mais encore on doit les considérer comme des traités entre les deux familles, *traités dans lesquels on doit jouir de la plus grande liberté.* Ces principes sont immuables, et leurs effets ont dû être maintenus dans la loi proposée (1). »

Ainsi donc le donataire pourra se voir tenu d'acquitter toutes les dettes qui gréveront la succession du donateur, celui-ci pourra lui imposer l'obligation de respecter les dispositions à titre gratuit, qu'il aura faites postérieurement à l'institution contractuelle, et d'acquitter, par exemple, les dots qu'il constituerait à ses filles.

Il pourrait faire une donation à charge d'exécuter le testament qu'il laissera, et le donataire devrait exécuter ce testament, en son entier; il ne serait plus reçu, comme sur l'ancien droit, à ne vouloir l'exécuter que partiellement, cette solution est commandée par les principes nouveaux.

S'il avait donné une somme à prendre sur les immeubles qu'il laissera à son décès, en se réservant la faculté de les aliéner à titre onéreux, ou à titre gratuit, le donataire n'aurait rien à réclamer, au cas où par suite de l'exercice de la faculté qu'il s'était réservée, le donateur ne laisserait pas d'immeubles dans sa succession, quand même le prix des

(1) Bigot Préameneu, séance du 2 floréal an XI.

immeubles serait encore dû, car la chose donnée était non pas une somme d'argent, mais l'immeuble que le donateur laisserait à son décès.

C'est ainsi encore qu'il a été jugé par un arrêt de la Chambre des Requêtes, en date du 3 mars 1852 (1), que la clause, par laquelle deux époux, en faisant une institution contractuelle de tous leurs biens présents et à venir, ont stipulé que le futur acquitterait, au décès du survivant d'eux, les dettes contractées par tous deux ou par un seul, devait par application de l'art. 1086, être interprétée en ce sens que l'un des époux donateurs, pouvant, postérieurement au décès de l'autre, grever les biens personnels de ce dernier, le donataire devait acquitter même les dettes ainsi contractées par l'époux survivant.

C'est bien là en effet ce qu'ont entendu les époux donateurs ; cela est si vrai que, si on refuse cette portée à la clause dont s'agit, on la rend par là-même absolument inutile ; car, la donation comprenant les biens présents et à venir, il s'en suivait que de droit, le donataire devait acquitter les dettes personnelles à chaque époux. En insérant cette clause, on a donc voulu faire quelque chose de plus que ce qui était de droit ; aussi l'interprétation de la Chambre des Requêtes nous paraît très exacte.

L'on sent bien, en face de pareilles conditions, que le donateur ne saurait être lié, du jour du

(1) Dalloz. 32. 1. 293.

contrat de mariage, et qu'il ne saurait être obligé d'exécuter des charges qui n'ont pas été prévues le jour du contrat, qui ne pouvaient pas l'être, et qui pourraient devenir un véritable désastre, au lieu d'être un bienfait pour le donateur.

Aussi le législateur pouvait-il se dispenser d'insérer dans l'art. 1086 la disposition suivante : « Le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation. »

Autant en effet on conçoit que le donataire soit lié par son acceptation, quand la donation a été faite sous des conditions déterminées et précises, car alors il sait à quoi il s'oblige, autant on ne comprendrait pas que ce même donataire fût lié définitivement, quand il s'agit de charges inconnues, qu'il est au pouvoir du donateur d'aggraver indéfiniment, au point même de dépasser l'émolument.

Aussi décide-t-on que la déchéance de ce droit ne résulterait pas pour le donataire, même de son entrée en possession et en jouissance de la chose donnée ; ce qui équivaut à dire que cette règle est commune à toutes les donations par contrat de mariage, aussi bien à la donation de biens présents, qu'à celle de biens à venir, sans qu'il y ait d'ailleurs à distinguer si elle est d'une qualité ou d'un objet déterminé (1).

L'art. 1086, dans sa seconde partie, avons-nous dit, déroge à l'art. 946 ; il permet en effet au dona-

(1) Demolombe. T. XXIII, n° 377. — Demante. T. IV, n° 259. — Troplong. T. IV, n°s 2249, 2252. — Bonnet. T. II, n° 573.

teur de se réserver la faculté de disposer d'un objet compris dans la donation ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés ; et il dispose que, si le donateur n'a pas usé de cette faculté, l'effet ou la somme seront compris dans la donation, et appartiendront au donataire.

Il faut soigneusement distinguer la réserve de la faculté de disposer d'un objet, et la réserve de cet objet lui-même. En effet, au premier cas, l'objet est compris, du moins quant à présent, dans la donation, quitte à ce que la volonté du donateur l'en fasse sortir plus tard ; au contraire, dans la dernière hypothèse, il en est exclu ; il n'y entre pas. Furgole (1) a très bien fait ressortir cette différence : « Il y a, dit-il, une grande différence à faire entre la réservation de la faculté de disposer d'une chose ou d'une somme à prendre sur les biens donnés, et se réserver purement et simplement une chose ou une somme ou une quotité des biens. Dans le premier cas, la faculté de disposer est une condition qui doit être remplie, afin que la chose soit retranchée de la donation ; faute de quoi, elle doit appartenir au donataire, ainsi que nous l'avons expliqué. Au lieu que, dans le second cas, le retranchement est pur et actuel, indépendamment de toute disposition.... La chose réservée cesse de plein droit d'être comprise dans la donation, à cause que ce qui est réservé n'est pas donné. »

(1) Furgole. Sur l'art. 18 de l'ordonnance de 1731.

La question, on le voit, est nettement tranchée en droit; ce qui ne veut pas dire qu'elle ne présentera pas de difficultés dans l'application. Mais ce sera dès lors une pure question d'interprétation des termes de l'acte et de l'intention présumée du donateur.

Sans entrer dans les diverses espèces que présente la jurisprudence, voici ce qu'on peut dire d'une manière générale : c'est qu'il faut rechercher l'objet que la réserve envisage directement et principalement : si c'est la faculté de disposer d'un objet ou d'une somme, on est dans l'hypothèse de l'art. 1086, et si le donateur n'a pas disposé de cet objet ou de cette somme, ils appartiendront au donataire. Si au contraire, c'est l'objet lui-même ou la somme qu'envisage principalement la réserve, ils ne seront pas compris dans la donation.

Des termes dont se sert l'art. 1086, *in fine*, il semblerait résulter que lorsque le donateur n'a pas disposé de l'objet dont il s'était réservé la disposition, cet objet serait la propriété du donataire ou de ses héritiers.

Ces expressions *ou à ses héritiers* sont évidemment une erreur du législateur ; il les a empruntées à l'art. 18 de l'ordonnance de 1731, sans songer que si elles étaient en harmonie avec les principes d'alors, elles heurtaient les principes nouveaux, écrits dans l'art. 1089 ; l'ordonnance en effet ne soumettait pas les donations dont on parle, à la caducité pour cause de prédécès du donataire, et

dès lors, le prédécès de ce dernier n'empêchait pas ses héritiers de profiter de la libéralité ; mais aujourd'hui, que l'art. 1089 consacre le principe opposé, aujourd'hui que ces sortes de donations sont caduques en cas de prédécès du donataire, la conséquence en est que ses héritiers ne peuvent, à aucun titre, recueillir cette libéralité.

Il est fâcheux que ces expressions se soient glissées dans notre texte, mais on voit comment l'erreur a pu se produire ; et il faut tenir pour certain que le législateur n'a jamais eu l'intention de faire échec à la règle posée dans l'art. 1089. Cet article, comme le dit très bien Grenier (1), est un régulateur de l'art. 1086 qu'il ne faut pas perdre de vue. Or il déclare d'une façon absolue que les donations permises par l'art. 1086, sont caduques, par le prédécès du donataire et de sa postérité. A défaut par conséquent du donataire (en supposant bien entendu que le donateur lui survécût), ses descendants pourront recueillir la donation, mais jamais ses héritiers.

On a cependant soutenu que si cette conclusion était vraie, dans les donations de biens présents, faites sous une condition potestative suspensive, si les héritiers n'ont aucun droit sur la chose donnée, cette conclusion n'est plus applicable aux donations faites sous une condition potestative résolutoire. La raison en serait que dans la première hypothèse,

(1) Grenier. T. II, n° 439.

aucun droit n'ayant été transmis par le donateur au donataire, si ce dernier meurt avant le disposant, il n'a pu rien transmettre à ses héritiers ; au contraire dans la seconde hypothèse, un droit, résolutoire il est vrai, mais un droit, a été transmis au donataire, et ce droit passe à ses héritiers, quand il meurt, sous réserve de l'action résolutoire.

Mais outre que cette interprétation ne justifie pas pleinement les expressions de l'art. 1086, puisqu'elles resteraient même dans cette théorie, inapplicables à la donation faite sous une condition potestative suspensive, elle a encore le grave inconvénient de créer une distinction entre les conditions suspensives et les conditions résolutoires là où le texte de l'art. 1089 est absolu et ne distingue pas.

## CHAPITRE VII

DE LA PROMESSE D'INSTITUER. — DE LA DONATION D'UNE SOMME D'ARGENT PAYABLE AU DÉCÈS DU DONATEUR. — DE LA PROMESSE D'ÉGALITÉ.

« La forme de l'institution d'héritier et des donations de biens à venir, disait Chabrol, consiste uniquement à l'exprimer en termes intelligibles dans le contrat de mariage du donataire (1). »

Ce qui était vrai, du temps de Chabrol, à une époque où cependant on attribuait un rôle si important à la forme, doit l'être à plus forte raison, de nos jours, où la pensée a secoué le joug de la forme, et où le législateur fait passer l'esprit avant la lettre ; aussi n'est-il pas besoin d'expressions sacramentelles ; pour savoir si la disposition qu'il s'agit d'apprécier, est ou non une institution contractuelle, on devra s'attacher uniquement à ceci : rechercher si cette disposition présente les caractères constitutifs de la donation de biens à venir.

Et si on se trouve en présence d'une libéralité qui aboutisse en dernière analyse à conférer au donataire le droit de se porter héritier dans la succession du disposant, ou de prendre soit un objet, soit une somme, soit une part dans cette succession, peu importe les termes qui auront été employés, on peut

(1) Chabrol. T. II, p. 323.

affirmer qu'on a affaire à une donation de biens à venir.

Tel est le pricipe à l'aide duquel la jurisprudence a résolu les espèces qui lui ont été soumises ; nous en examinerons quelques-unes parmi les plus importantes et les plus usitées :

Et d'abord, la promesse d'instituer équivaut-elle à une institution? Incontestablement. C'était une opinion à peu près universellement enseignée dans l'ancien Droit, et rien dans notre Droit nouveau n'indique qu'il doive en être autrement aujourd'hui (1).

Cependant Dalloz (2) combat cette doctrine. Il n'y a aucun argument, pour lui, à déduire de l'art. 1589, qui reconnaît la promesse de vente, parce que, dit-il, cela tient à ce que la vente est un contrat du droit des gens, qui est parfait par le seul consentement des parties ; tandis que le contrat de mariage, et la donation qu'il renferme, ont besoin d'être entourés de certaines formalités, sans lesquelles le consentement des parties ne produirait aucun effet.

A notre sens, il ne résulte qu'une chose de cette différence : c'est que la preuve de la promesse de vente ne pourra se faire de la même façon que la preuve de la promesse d'institution. Pour la première, les preuves permises par le droit commun pour établir qu'il y a eu consentement, suffiront ; il faudra, au contraire, que la dernière soit écrite

(1) Amiens, 15 décembre 1838 (Sir. 39, 2, 204).
(2) Dalloz. *Rep. v° disp. entre vifs*, n° 1992.

dans le contrat de mariage même, absolument comme le serait la donation elle-même, et qu'elle revête les caractères essentiels à la validité de cette même donation ; il faudra que le consentement ait été exprimé dans la forme voulue par la loi.

Mais du moment où ces conditions seront remplies, la promesse vaudra institution ; les futurs époux ont contracté mariage, sur la foi de cette promesse ; il faut qu'ils ne soient pas trompés ; il faut que la promesse puisse sortir effet.

Quel sera le caractère de la donation d'une somme d'argent, payable au décès ou après le décès du donateur ?

L'intérêt qu'il y a à savoir si c'est une donation de biens présents ou une donation de biens à venir, est considérable ; d'une part en effet, les droits du donateur et du donataire seront bien différents, suivant le caractère que l'on attribuera à la disposition ; d'autre part, au point de vue fiscal, alors que la donation entre vifs emporte un droit proportionnel, du jour même où elle est faite, la donation de biens à venir n'est passible que du droit fixe de 5 fr., et le droit proportionnel ne devient applicable qu'au décès du donateur.

La question doit se résoudre d'après une distinction :

La donation est-elle d'une somme déterminée à *prendre sur les biens que possède le donateur*, on peut dire qu'en principe, cette donation emporte dessaisissement actuel et constitue par là-même une donation entre vifs.

La donation est-elle au contraire d'une somme déterminée *à prendre sur les biens que laissera le donateur à son décès*, il n'y a pas dessaisissement actuel, il y a seulement concession de droits éventuels sur la succession du donateur, c'est à-dire, que cette dernière libéralité constitue une donation de biens à venir.

C'est que, dans le premier cas, la créance est née immédiatement et définitivement; l'obligation est parfaite, son exécution seule est reportée au décès du donateur; mais celui-ci est dès maintenant et d'une manière irrévocable débiteur de la somme donnée, le donataire en est dès maintenant créancier. Qu'on n'objecte pas que ce droit peut devenir illusoire par l'insolvabilité du donateur, et qu'il se peut qu'à son décès, le donataire ne trouve rien dans sa succession. En cela, il suit le sort commun de tous les créanciers; mais son droit n'en existe pas moins, et il pourra en poursuivre l'exécution contre l'héritier du donateur.

La donation serait à plus forte raison une donation entre vifs si le constituant avait stipulé que certains biens seraient affectés au paiement de cette somme, certaines sûretés, des hypothèques par exemple, en assureraient l'exécution, surtout si l'acte contenait d'ailleurs certaines clauses, comme la clause du droit de retour, celle par laquelle le donateur s'engagerait à payer *ex nunc* les intérêts. Toutes ces circonstances ne font qu'affirmer davantage en effet l'intention de dessaisissement du donateur.

Dans la seconde hypothèse, au contraire, si le

donateur n'a pas entendu s'obliger personnellement il n'a voulu que donner au donataire le droit de prélever sur son hérédité le montant de la somme donnée.

Celui-ci a donc bien un droit actuel et irrévocable, en ce sens qu'il ne pourra lui être enlevé par une révocation directe du disposant, ou par des aliénations à titre gratuit, pas plus que par des aliénations à titre onéreux frauduleuses, mais il sera loisible au donateur de réduire à néant ce droit, par des aliénations à titre onéreux, et le donataire ne pourra poursuivre l'héritier de ce dernier, même s'il avait accepté purement et simplement.

Mais les principes que nous venons d'exposer, pourraient fléchir devant les clauses de l'acte et les cisconstances qui l'ont accompagné.

Car la question est avant tout une question d'interprétation ; ce que l'on doit rechercher principalement, c'est si le donateur a eu l'intention de se dessaisir actuellement et irrévocablement dès le jour de la donation, ou s'il a au contraire entendu ne pas se dessaisir, ne pas s'obliger personnellement.

Aussi se pourrait-il que la donation d'une somme payable au décès fût considerée comme donation de biens à venir, si les clauses de l'acte et les circonstances dans lesquelles il a été fait, étaient exclusives de l'idée de dessaisissement.

De même, si le donateur avait donné une somme à prendre sur les biens qu'il laissera, cette dispo-

sition pourrait revêtir le caractère d'une donation de biens présents, par exemple, si la donation était accompagnée de la clause de retour, de la constitution d'une hypothèque, en un mot, des stipulations que nous indiquions tout à l'heure, comme accusant plus vigoureusement l'idée de dessaisissement de la part du donateur.

La dénomination qu'il aurait plu aux parties de donner à l'acte ne saurait en modifier la nature ; car ce qui détermine la nature d'un acte en principe, c'est beaucoup moins la qualification qu'on lui a donnée, que sa substance et son objet (1).

Le disponible ne pouvant être connu qu'au décès, il est bien évident qu'une donation portant sur le disponible rentrera dans la classe des donations des biens à venir.

Si le donateur peut se dispenser d'employer des termes sacramentels, encore faut-il que sa volonté de faire une institution contractuelle soit nettement exprimée, et que les expressions dont il s'est servi ne soient pas équivoques. L'institution contractuelle ne saurait en effet se présumer, à raison de ce que d'une part en effet, *nemo donare præsumitur*, et de ce que, d'autre part, la donation de biens à venir

(1) Metz, 5 août 1819.— Sous Req., 1er mars 1821. — J. G. Disp. entre vifs, 1352 1°, et 1885. — Rouen, 9 nov. 1825. — J. G. Dispos. entre vifs, 1349 2°. Voir aussi 1349 3°, et 1349 4°. — V. Cass. Req., 19 juin 1876. — Dall., 77, 1, 223. — Cass., 18 nov. 1861. — Dall., 61, 1, 465. — Agen, 10 juin 1851. — Dall., 51, 2, 227. — Cass., 12 août 1846. — Dall., 46, 1, 297. — Cass., 11 décembre 1844. — Dall., 45, 1, 125.

déroge à deux grands principes du droit commun, écrits dans les art. 943 et 1130 du C. C.

Aussi la jurisprudence ne voit-elle pas, et avec raison, à notre avis, une institution contractuelle dans la donation par contrat de mariage, avec dispense de rapport, d'une somme à prendre sur la succession du donateur, et cela, lors même qu'il est dit que le donataire concourra au partage de ladite succession après prélèvement de la somme donnée (1).

La Cour de Cassation a pensé que cette clause n'était pas suffisamment explicite, suffisamment claire, pour qu'on en pût conclure que le donateur avait entendu aliéner une partie de sa succession ; qu'elle contenait simplement une explication de la dispense de rapport, et accusait par là-même uniquement l'idée bien arrêtée de la part du donateur, que la disposition fût faite par préciput et hors part.

Par application des mêmes principes, il a été jugé par le disposant qui fait une donation par contrat de mariage, sans dispense de rapport, et qui stipule que le donataire, une fois le rapport effectué, concourra au partage de sa succession, proportionnellement à sa part héréditaire, n'a point voulu faire une donation de biens à venir, mais seulement exprimer avec plus de force l'obligation du rapport, et en expliquer les conséquences (2).

(1) Cass. 10 nov. 1834 (Sir. 1835 1. 445.) et Cass. 3 janv. 1843 (Sir. 43. 1.330)

(2) Cass. 13 janv. 1814. Sir. 1814. 1. 193.

L'ancien Droit se servait souvent d'expressions que l'on retrouve dans certaines parties de la France, telles que la *reconnaissance* ou *déclaration d'héritier*, le *rappel à la succession*, la *promesse de garder succession*. Ces clauses devraient être interprétées encore de nos jours, comme elles l'étaient à cette époque, c'est-à-dire comme servant à désigner une institution contractuelle. Certains auteurs avaient bien soutenu que la reconnaissance d'héritier ne constituait qu'une *démonstration du doigt*, mais la grande majorité décidait que ces reconnaissances d'héritier obligeaient celui qui les avait faites à conserver leur part héréditaire aux enfants au profit de qui elles étaient intervenues, et lui enlevaient le droit de diminuer cette portion, par des dispositions à titre gratuit au profit des autres enfants ou de toutes autres personnes. Certaines coutumes allaient même plus loin ; c'est ainsi que les coutumes d'Anjou, du Maine, de Loudunois, de Tours et de Normandie, interdisaient à celui qui avait fait cette reconnaissance au profit de son fils aîné, toute espèce d'aliénation ou d'hypothèque des biens qu'il possédait lors du mariage de ce dernier (1).

Il est évident que sous l'empire de notre Droit civil, la reconnaissance d'héritier ne constituerait pas plus que, sous l'ancien Droit, une *démonstration du doigt*, c'est-à-dire une disposition sans aucune

(1) Dumoulin, sur l'art. 245 de la *Coutume d'Anjou*.

utilité, puisque, le donateur ne pouvant porter atteinte à la réserve de l'enfant, elle n'assurerait rien à ce dernier. Assurément, le disposant, contrairement à ce qui avait lieu dans les coutumes que nous venons de citer, conservera, avant comme après cette reconnaissance d'héritier, le droit d'aliéner ses biens, à la condition bien entendu qu'il agisse sans fraude; mais la déclaration d'héritier rentrera dans la classe des donations de biens à venir, et ses effets seront régis par l'art. 1083.

A côté de ces diverses clauses, s'en place une d'une importance particulière, d'un usage très fréquent dans notre ancien Droit, et aussi dans le Droit nouveau, sur le caractère et la nature de laquelle s'est élevée plus d'une controverse; nous voulons parler de la *promesse d'égalité*, appelée aussi quelquefois *assurance de part héréditaire*, ou encore *réserve à succession*.

MM. Championnière et Rigaud (1) ont prétendu que la promesse d'égalité ne constitue pas une institution contractuelle. Mais cette opinion est restée complètement isolée, et elle devait l'être, car les raisons sur lesquelles les auteurs fondent leur raisonnement sont erronées.

Le point de départ de leur théorie en effet, est un passage qu'ils attribuent à Lebrun, d'après lequel la promesse d'égalité vaudrait bien comme pacte de famille, mais ne constituerait ni une institution

(1) Championnière et Rigaud. *Traité des droits d'Enregistrement.* T. IV. 2951.

contractuelle, ni même une disposition entre vifs ou à cause de mort. Or ce passage n'est pas de Lebrun (*Des Successions*. Liv. 3, Chap. II, n° 12), mais de son annotateur Espiard. Il est certain au contraire que dans nos anciennes coutumes, la promesse d'égalité qui était fort répandue, avait le caractère d'une institution contractuelle, et voici à cet égard le témoignage de Boucheul (2) : « C'est une espèce d'institution contractuelle, disait-il, que, la déclaration dans les contrats de mariage, que les enfants succèderont également, et de ne pouvoir avantager ses héritiers les uns au préjudice des autres. »

D'ailleurs, si l'on admettait le système d'Espiard, il faudrait, sous l'empire des nouveaux principes, refuser à la promesse d'égalité toute espèce d'efficacité, et une pareille conclusion suffit pour condamner la théorie de MM. Championnière et Rigaud.

Mais, disent encore ces auteurs, ce ne peut être une institution contractuelle, car elle « *n'assure rien au futur* ».

Il suffit, pour voir combien est inexacte une pareille assertion, de rechercher quel est le but de la promesse d'égalité ; supposons que le père de famille, qui a deux enfants, marie l'un ; le futur conjoint ou ses parents qui redoutent l'influence de l'enfant qui va rester auprès du père, et qui craignent que ce dernier ne dispose par préciput, à son profit, de la

(2) Boucheul. Chap. V, n° 1.

quotité disponible, obtiennent du père la promesse par contrat de mariage, qu'il ne « *pourra avantager l'autre enfant au préjudice du marié* », suivant les expressions de Boucheul (1), c'est-à-dire qu'il observera l'égalité entre ses deux enfants ; autrement dit, ils font insérer dans le contrat de mariage, une *promesse d'égalité*. N'est-il pas évident dès lors que cette clause a pour effet immédiat d'interdire au père le droit pour l'avenir de donner à l'enfant qui ne se marie pas la part héréditaire qui doit revenir au futur dans la quotité disponible ? Il n'est donc pas vrai de dire qu'elle *n'assure rien au futur* ; et cette interdiction de disposer à titre gratuit, toute relative qu'elle est, constitue bien un des caractères propres à l'institution contractuelle ; aussi est-ce avec raison que la Cour de Caen lui attribue « le caractère et la force d'une institution contractuelle, au préjudice de laquelle le père n'a pas pu faire ultérieurement des dispositions par préciput, en faveur d'un ou de plusieurs de ses autres enfants (2).»

Le but et le caractère de la promesse d'égalité ainsi précisés et déterminés, il sera assez facile de résoudre les questions auxquelles elle a donné naissance.

Ainsi, il ne saurait être douteux que l'égalité stipulée par le contrat de mariage l'a été uniquement en faveur du futur conjoint, de telle sorte que rien ne s'opposerait à ce que l'égalité fût rompue en faveur

(1) Boucheul, *loc. cit.* n° 10.
(2) Caen, 16 août 1834 : *Rec. des arr. de la C. de Caen*, 1837, p. 326.

de celui-ci, par des dispositions préciputaires du disponible ; c'était le sentiment de nos anciens auteurs (1) ; et cette solution serait vraie lors même que les autres enfants présents au contrat de mariage, auraient déclaré accepter la promesse d'égalité ; au regard de ces derniers, en effet, celle-ci ne saurait avoir aucun effet, puisque, nous le savons, l'institution contractuelle ne peut s'adresser qu'aux futurs époux et aux enfants à naître du mariage (art. 1082).

Ce que le père assure à son fils qui se marie, avons-nous dit, quand il fait une *promesse d'égalité*, c'est la part héréditaire qui doit lui revenir dans la quotité disponible. Il suit de là, à notre avis, que du moment où le père ne touche pas à cette part héréditaire, il reste libre de donner le surplus à l'un de ses autres enfants par préciput. De quoi se plaindrait en effet celui qui a obtenu la promesse d'égalité ? De ce que l'un de ses frères a une part plus forte que la sienne? Qu'importe, si lui a sa part héréditaire, celle qu'il aurait eue au cas où un partage aurait été fait également entre tous les enfants ? Il n'aurait droit de se plaindre que si son contrat de mariage contenait non plus une simple promesse d'égalité, mais la promesse qu'il recueillerait dans la succession de ses père ou mère *une part égale à celle de l'enfant le plus favorisé*, clause qui se rencontre quelquefois dans les contrats de mariage.

Mais cette part héréditaire devant revenir au fils

(1) Lebrun. *Des Successions*, liv. III, chap. 2, n° 14, et Boucheul. *Loc. cit.*

dans la quotité disponible qu'assure à ce dernier la promesse d'égalité, la lui assure-t-elle d'une façon absolue, comme le ferait une institution contractuelle *pure*, ou au contraire ne la lui assure-t-elle que d'une manière relative, en tant que si le père ne peut plus désormais en disposer au profit de ses autres enfants, il lui reste tout au moins la faculté d'en disposer au profit d'un étranger ?

Nous croyons que cette dernière solution est la plus conforme à la fois à la nature de la promesse d'égalité et à l'intention du père de famille.

Nos anciens auteurs ne disaient-ils pas en parlant de la promesse d'égalité, qu'elle était une *espèce* (1) d'institution contractuelle? Et ne lit-on pas dans un arrêt de 1625, rapporté par Bardel, que « c'est une précaution qui laisse aux père et mère la liberté entière d'user de leurs biens, *pourvu qu'ils n'en donnent pas plus à l'un qu'à l'autre* ? »

Tel est bien en effet le véritable caractère de la disposition qui nous occupe. C'est une précaution, c'est suivant les expressions mêmes de Troplong (2), qui combat cette théorie, une « garantie contre les entraînements de l'affection paternelle. » Mais ce n'est rien de plus, on a craint que l'affection du père l'éloignât de celui qui entre dans les liens du mariage, et on n'a pas voulu que les autres enfants fûssent favorisés et avantagés au détriment de leur frère. Mais on n'a pas songé aux dispositions que le

(1) Boucheul. *Loc. cit.*
(2) Troplong. T. IV, n° 2378.

père pourrait faire au profit d'étrangers, et il est tout à fait inexact de dire avec le même auteur que « le père de famille qui marie son enfant et lui promet l'égalité, ou en d'autres termes, qui s'oblige à ne pas faire de disposition en faveur de ses autres enfants, promet à plus forte raison de n'en pas faire à l'égard d'un étranger. »

D'ailleurs l'*égalité* implique le *partage* ; le père qui fait une promesse d'égalité au profit de ses enfants, promet à celui-ci une part égale dans le disponible à celle qu'auront ses autres enfants, mais nécessairement cette promesse suppose un partage; or, il ne saurait être question de partage, quand toute la quotité disponible a été donnée à un étranger.

Autrement, il faudrait aller jusqu'à dire que si le père ne laisse qu'un enfant à son décès, celui à qui la promesse d'égalité a été faite, il n'aura eu le droit de faire aucune libéralité, sauf dans les limites de l'art. 1083, puisque l'enfant aurait droit à la moitié de sa succession comme réservataire, et à l'autre moitié comme institué contractuel. Une conséquence, aussi manifestement contraire à l'intention présumée du père nous paraît être la condamnation certaine de la théorie qui veut attribuer à la promesse d'égalité toute la force et toute l'étendue d'une institution contractuelle (1).

(1) Demolombe. T. XXIII, n° 306. — Aubry et Rau. T. VIII, texte et note 107. — Bonnet. T. II, n° 275. — Bordeaux, 12 mai 1848, Dall. 48. 2. 155. — Tribunal de Lille, 25 novembre 1853, Dall, 54, 3. 63. — Riom, 2 mars 82. — Dall. 83. 2. 15. — Contra. Troplong, *loc.*

# CHAPITRE VIII

## EFFETS DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

ART. 1083. — « La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. » On chercherait en vain dans le Code un autre texte que cet art. 1083 pour indiquer, pour déterminer les effets d'une matière aussi complexe et aussi délicate que l'institution contractuelle, ce qui n'a pas empêché Jaubert de dire au Tribunat que « la loi précise avec soin la nature et les effets de l'institution contractuelle ». Or, il n'est même pas question dans cette loi du donataire. Rien de surprenant dès lors que la pratique se soit heurtée à plus d'une difficulté, dont la solution divise encore aujourd'hui la jurisprudence et la doctrine ; en présence du laconisme des textes, c'est surtout aux principes qu'il nous faudra faire appel pour trancher les nombreuses et importantes questions que cette étude des effets de constitution contractuelle a fait naître ; ces effets, il convient de les examiner à un

*cit.* Limoges, 23 juillet 1862. — Dall, 62. 2. 213. — Bordeaux, 23 janv. 1863. — Dall, 63. 5. 126. — Comp.: Cass. sur Riom, 10 mars 1884. — Dall. 85. 1. 108.

double point de vue : 1° au regard du donateur ; 2° au regard du donataire.

## SECTION I

### EFFETS AU REGARD DU DONATEUR

Avant de rechercher quels ils sont, sous l'empire du Code, il ne sera pas sans intérêt d'indiquer comment nos anciens auteurs envisageaient l'institution contractuelle, et quels effets ils lui attribuaient.

Son caractère dominant était d'engendrer l'irrévocabilité à l'égard de l'instituant, et il devait en être ainsi, non-seulement parce que l'institution contractuelle découle d'un contrat, et qu'un contrat, une fois parfait, est chose irrévocable, mais encore à cause du danger qui résulterait, pour l'institué, de la faculté laissée à l'instiuant, de modifier ou même d'anéantir entièrement une disposition qui a peut-être été la raison déterminante de l'union contractée.

Aussi l'ordonnance de 1747, titre I, art. 12, ne faisait-elle que proclamer un principe, de tout temps reconnu par toutes les coutumes, quand elle disposait ainsi : « Voulons que les dites institutions contractuelles soient irrévocables, dans tous les pays où elles sont en usage. »

Mais si tel était le principe, son application, ses effets variaient suivant les coutumes ; tandis en effet que les unes l'appliquaient dans toute sa rigueur, les autres au contraire, y apportaient des tempéraments,

des restrictions ; il est un point toutefois sur lequel toutes étaient d'accord ; à savoir l'impossibilité où l'instituant était de révoquer directement l'institution, et l'art. 222 de la coutume de Bourbonnais disposait expressément à ce sujet : « Celui qui a institué aucun son héritier en contrat de mariage et en faveur des mariés ou descendants dudit mariage, y était-il dit, ne peut faire autre héritier par testament ou contrat subséquent, quel qu'il soit, au préjudice de l'héritier ou héritiers institués dudit contrat. »

A propos de cette irrévocabilité, la question était née de savoir si elle mettait obstacle à ce que l'instituant grevât, après le mariage, l'institué d'une substitution en faveur de ses enfants ou parents collatéraux. L'avis de de Laurière était qu'un tel fidéicommis était absolument valable ; Lebrun et Ricard au contraire n'hésitaient pas à le déclarer nul, même si l'institué avait donné son consentement, et un arrêt fut rendu en ce sens le 31 août 1735, en faveur du duc de Villars. Ce dernier système est le plus conforme aux principes ; car cette substitution apposée après coup à l'institution contractuelle aura pour effet d'empêcher l'institué de disposer en toute propriété des biens substitués, puisqu'il devra conserver ceux-ci pour le rendre à l'appelé ; c'est donc une charge, une restriction, qui porte atteinte au principe d'irrévocabilité de l'institution contractuelle, et qu'en conséquence il faut annuler.

Mais où l'application de ce principe donnait lieu

à de profondes divergences, entre les coutumes, c'était relativement aux dispositions particulières que l'instituant restait maître de faire postérieurement à l'institution.

Nous avons déjà vu que dans diverses coutumes, notamment dans celles d'Anjou et du Maine où l'institution revêtait la forme de déclaration ou reconnaissance d'héritier principal, il était interdit à l'instituant d'aliéner ou d'hypothéquer les biens qu'il possédait au jour du mariage du fils institué.

C'est surtout dans les pays de droit écrit que les règles restrictives de la liberté de disposer de l'instituant étaient vues avec faveur ; on se rappelle combien l'institution contractuelle avait eu à lutter contre l'influence néfaste du Droit Romain et après quelles difficultés elle avait fini par avoir droit de cité dans les pays de droit écrit, ou plutôt par s'y faire accepter. Au lieu de la considérer comme un don de succession, on y vit une donation de biens présents et à venir, et on en tira cette déduction fausse, à savoir que l'instituant ne pouvait désormais, ni aliéner à titre onéreux ses biens, ni les hypothéquer, ni les donner à titre gratuit ; qu'après sa mort, l'institué pouvait faire annuler les dispositions faites au préjudice de l'institution. Rien n'est plus inexact ; car le donataire de biens à venir est obligé, au décès du donateur, à moins de s'en tenir aux biens présents, de respecter les aliénations consenties par le donateur, et quand il ne prend pas le

premier parti, il est dans une situation identique à celle de l'héritier institué.

Aussi cette jurisprudence rencontrait-elle des adversaires, même parmi les auteurs des pays de droit écrit, et Furgole, sur l'art. 13 de l'ordonnance de 1771, écrivait ceci : « La décision des auteurs du Parlement de Toulouse en cette matière n'est pas juridique indistinctement et dans tous les cas, parce que l'institué est vrai héritier, qu'il représente le défunt en l'état où il était au moment de sa mort, et qu'il est tenu et garant de ses faits et promesses. »

Heureusement que d'autres coutumes avaient su mieux comprendre le véritable caractère de l'institution contractuelle, et mieux concilier les intérêts du donateur et du donataire ; la vraie formule nous la trouvons dans la coutume de Bourbonnais, applicable dans le ressort de la coutume de Paris, dont l'art. 320 s'exprimait en ces termes : « Institution d'héritier et pactes de succéder faits en contrat de mariage, s'entend seulement des biens qui se trouvent délaissés par le décès du disposant, et n'empêche la dite institution ou convention de succéder que le dit instituant ne puisse aliéner ses biens par contrat entre vifs. » Ainsi donc l'institution contractuelle est un testament irrévocable ; l'instituant se choisit de la sorte un héritier, et s'interdit d'en choisir un autre à l'avenir ; mais l'institution n'est irrévocable que quant au titre ; quant à l'émolument il se peut qu'il n'y en ait pas. L'institué aura les biens que l'instituant laissera à son décès ; et on ne

saurait raisonnablement prétendre que ce dernier ne pourrait plus désormais gérer son patrimoine, et aurait entendu se lier les mains, au point de s'interdire toute disposition à titre onéreux, si désirable qu'elle fût. Mais qui ferait jamais une institution contractuelle dans de pareilles conditions ?

Aussi plusieurs coutumes, y compris celle de Bourbonnais, permettaient à l'instituant, non-seulement les aliénations à titre onéreux, les hypothèques consenties sans fraude, mais même quelques legs à titre patriculier ou quelques libéralités entre vifs pourvu que la fraude en fût exempte également. L'appréciation de la fraude était abandonnée à la sagesse des magistrats : « Combien, disait Lebrun, y a-t-il de secrètes nécessités qui obligent à vendre et à emprunter, et de justes reconnaissances qui obligent à donner ! » C'était au magistrat à apprécier ces diverses circonstances et à découvrir le caractère sincère ou frauduleux de l'institution.

Entre les deux systèmes que nous venons d'exposer, celui de nos provinces coutumières et celui de nos provinces de droit écrit, les rédacteurs du code devaient nécessairement choisir le premier, comme le seul conforme à la fois, à la nature du droit conféré par l'institution contractuelle, et au but même de cette institution.

Ce système est le seul conforme à la nature du droit qui découle de l'institution contractuelle ; car celle-ci n'est autre chose qu'un don irrévocable de succession ; l'institué est uniquement saisi du droit

de se porter héritier; il n'est donc pas saisi de la chose donnée, c'est-à-dire de l'hérédité elle-même. M. Demolombe a qualifié ce droit très heureusement et très exactement suivant nous, de *droit éventuel à la succession future du donateur*, et c'est très justement qu'il assimile la situation du donataire à celle de l'héritier réservataire. Les droits de l'un sont à peu près les mêmes que les droits de l'autre; il est vrai que l'héritier institué a une situation meilleure à un certain point de vue, en ce sens qu'une loi nouvelle pourrait modifier les droits du réservataire, tandis que cette loi serait impuissante à modifier en quelque manière que ce soit les droits de l'institué; mais cette différence n'altère pas le fond même du droit de ce dernier qui n'en est pas moins un droit éventuel à une succession future.

Et dès lors, comment refuser à celui qui fait une institution contractuelle, de conserver le gouvernement de son patrimoine, de faire des aliénations à titre onéreux, de conférer des hypothèques, de constituer des servitudes, le tout sans fraude, bien entendu, en un mot, suivant l'expression de Loysel (1), comment l'empêcher de « *s'aider de son bien?* » Celui qui a des héritiers à réserve ne pourrait-il pas incontestablement faire toutes ces sortes d'actes?

Les principes que nous venons d'indiquer, nous les trouvons très nettement exposés avec leurs conséquences, par le commentateur de la coutume de

(1) Loysel. Liv. 2, 4, 10.

Bourbonnais (1) : « Celui qui est institué par son contrat de mariage, dit Auroux des Pommiers, ne peut avoir plus de droit sur les biens de celui qui a fait l'institution, qu'un enfant n'en a sur les biens de son père, dont il est héritier et par la nature et par la loi ; et comme le père peut vendre et engager ses biens au préjudice de son fils, de même celui qui fait l'institution peut vendre et engager ses biens au préjudice de l'institué par des ventes et des engagements sans fraude. »

Nous avons dit aussi que ce système était le seul conforme au but de l'institution contractuelle ; croit-on en effet que ce ne serait pas aller singulièrement contre ce but, que d'immobiliser les biens du donateur, et croit-on qu'il ait entendu se frapper d'incapacité? Evidemment non; autant vaudrait rayer l'institution contractuelle de notre Code civil.

Le système de nos provinces coutumières s'imposait, avons-nous dit, au choix des rédacteurs du Code, mais l'ont-ils suivi? Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute et la réponse est dans l'art. 1083. En disant en effet que la donation de biens à venir est irrévocable en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit, des objets compris dans la donation, dans la mesure déterminée par l'article, le législateur a entendu indiquer par là implicitement, mais nécessairement, que les dispositions à titre onéreux res-

(1) Auroux des Pommiers, sur Bourbon, art. 220.

taient permises au donateur; d'ailleurs on a si bien considéré ce point comme indiscutable qu'on a retranché comme inutile la disposition du projet de la commission, lequel consacrait formellement ce droit en ces termes: « Le donateur conserve jusqu'à sa mort la liberté entière de vendre et d'hypothéquer. »

De ce principe découle cette première conséquence qu'il ne s'opère pas de transmission entre vifs de la propriété des biens compris dans l'institution, du donateur au donataire; celui-là, en effet, conserve la pleine propriété de son patrimoine; celui-ci peut acquérir cette propriété, mais, au jour du décès seulement du donateur en lui succédant, c'est-à-dire que l'institution contractuelle ne produit pas, quant à lui, d'effet rétroactif, elle ne produit effet que pour l'avenir.

Il ne serait pas vrai de dire qu'elle rétroagit dans le passé, parce que le donataire peut agir en restitution contre les tiers détenteurs de biens aliénés à titre gratuit; un héritier réservataire dont la réserve a été entamée par des libéralités excessives peut bien agir en réduction contre les tiers détenteurs; or, il ne viendra à l'idée de personne de prétendre que le *de cujus* n'a eu pendant sa vie qu'un droit de propriété résolutoire, quant aux biens composant la réserve, lequel s'est trouvé résolu après sa mort, quant à ces mêmes biens.

Non; si le donataire de biens à venir aussi bien que l'héritier réservataire peuvent agir contre les

tiers détenteurs, pour faire rentrer dans la succession et dans l'institution les biens qui en étaient sortis, c'est que ces biens qui ont été aliénés à titre gratuit sont censés n'être jamais sortis du patrimoine du *de cujus;* en d'autres termes, c'est que si le droit de disposer reste entier, quant aux actes à titre onéreux, il se trouve modifié, restreint, quant aux actes à titre gratuit.

De ce même principe, posé plus haut, découle une autre conséquence : à savoir le droit pour le donateur de faire, dans la mesure la plus illimitée, toute espèce d'aliénations à titre onéreux, aussi bien directement qu'indirectement, à la seule condition que ces dispositions restent au fond ce qu'elles doivent être, c'est-à-dire de véritables aliénations, et non des donations déguisées. Il peut donc vendre, emprunter, s'obliger, constituer des hypothèques ou des servitudes (1), etc, aliéner moyennant la constitution d'une rente soit perpétuelle, soit viagère, soit avec réserve d'usufruit. En effet le propre de ces actes en eux-mêmes est d'être des actes à titre onéreux, et à moins de démontrer qu'ils sont le résultat d'une entente frauduleuse entre le donateur et un tiers, qu'ils cachent en réalité une libéralité déguisée sous forme de contrat à titre onéreux, ils sont inattaquables. Ils pourraient même aller jusqu'à l'anéantissement complet, pour l'avenir, des droits du donataire, au cas où le donateur aurait aliéné

(1) Cass., 20 décembre 1825. Sir. 26. 1. 179.

tous ses biens à charge de rente viagère ; nous concédons volontiers qu'en pareil cas, la preuve de la fraude pourra se faire plus facilement et avec plus de chances de succès qu'en aucun autre cas ; toutefois, il se peut qu'en prenant cette détermination, le donateur ait cédé à des motifs très légitimes, et que cette opération ait été pour lui le seul moyen de s'assurer les ressources nécessaires à l'existence.

Le donataire de biens à venir pourrait-il invoquer la présomption de fraude établie par l'art. 918? Ce texte suppose une aliénation faite à un successible, en ligne directe, à charge de rente viagère ; au regard des héritiers à réserve, une telle disposition est légalement réputée faite à titre gratuit ; le sera-t-elle également au regard de l'institué ? Il faut répondre négativement ; la disposition de l'art. 918 est en effet d'une nature exceptionnelle, et la présomption qu'il pose, faite pour les successibles en ligne directe ne saurait être étendue à d'autres qu'aux personnes expressément visées par le texte ; l'analogie que présente la situation de l'héritier réservataire et celle de l'institué ne saurait aller jusqu'à permettre une extension pareille, dans une matière aussi exceptionnelle ; si donc le donataire veut faire tomber un acte de ce genre, il devra recourir aux règles ordinaires du droit commun (1).

Le donateur pourrait-il renoncer à une prescription acquise? Il faut distinguer entre la prescription

(1) Demolombe, t. XXIII, n° 313. — Aubry et Rau, t. VIII, § 739, texte et note 52. — Duranton, t. IX, n° 714. — Bonnet, t. II, n° 439.

libératoire et la prescription acquisitive ; aux yeux du législateur, elles constituent toutes deux, il est vrai, une aliénation à titre gratuit ; mais au point de vue de la morale, une seule revêt ce caractère c'est la prescription acquisitive, c'est-à-dire celle qui réunit le juste titre et la bonne foi. Renoncer à une pareille prescription, vraiment c'est là un acte gratuit, que pourra faire tomber le donataire.

Au contraire voici un donateur qui a contracté une dette, et qui ne l'a pas payée. Après plus de trente ans, son créancier rompt le silence, et lui réclame le paiement de la dette. Au lieu de se retrancher derrière la prescription, le donateur qui est un honnête homme, paie. Est-ce que véritablement cette action sera considérée comme une libéralité, une générosité ? Pas le moins du monde ; ce sera tout simplement l'acquit d'une dette de conscience, et le donataire serait mal venu à prétendre qu'un tel acte a été fait au préjudice de sa donation (1).

Cette faculté d'aliéner qui appartient au donateur, pourrait-il y renoncer ?

Il est un point sur lequel ont est d'accord ; c'est lorsque cette renonciation s'opère *ex post facto*, postérieurement au mariage. Personne n'hésite à annuler une pareille renonciation, qui constitue évidemment un pacte sur succession future (art. 1130).

Mais où la question est plus délicate, c'est au cas

(1) Demolombe. T. XXIII, n° 311. — Aubry et Rau. T. VIII, § 739 p. 76. — Troplong. T. IV, n° 2353. — Bonnet. II, n° 441. — Req. rej., 26 mars 1845. — Dall. 46. I. 374.

où la renonciation a lieu dans le contrat de mariage même.

Nous croyons toutefois, malgré l'opinion de M. Bonnet (1) et celle de Troplong (2), qui « *n'a aucun doute sur la validité d'une telle clause* » que cette clause est nulle.

Nous reconnaissons qu'il n'y a pas d'argument sérieux à tirer des Travaux préparatoires, ou plutôt qu'ils peuvent être invoqués, en cette matière comme en beaucoup d'autres, indifféremment par l'une et l'autre opinion. L'art. 148 du projet, aujourd'hui l'art. 1083, portait en effet, que « le donateur conserve jusqu'à la mort la liberté entière de vendre et hypothéquer, à moins qu'il ne se la soit formellement interdite en tout ou en partie. » La suppression de ce dernier membre de phrase éclaire-t-elle la pensée du législateur? A-t-il entendu par là priver le donateur de la faculté qui lui était réservée par le projet? Ou au contraire, cette suppression n'est-elle que le résultat de la suppression du premier membre de phrase, reconnu inutile? Il est difficile de fournir une réponse satisfaisante.

Heureusement il nous reste les principes, et c'est à ces principes qu'il faut demander la solution de notre question.

Or, en organisant la donation de biens à venir, le législateur a organisé une institution qui constitue une exception notable aux règles du droit commun,

(1) Bonnet, II, n° 422.
(2) Troplong, IV, n° 2349.

notamment à celle de l'art. 1130, prohibant les pactes sur succession future. Sortir des limites tracées par l'art. 1083, c'est rentrer dans la règle générale, posée par l'art. 1130, c'est faire une convention sur succession future. Que fait donc l'art. 1083 ? Il détermine dans quelle mesure l'institution contractuelle est irrévocable, et il décide qu'elle n'est irrévocable que relativement aux dispositions à titre gratuit. La rendre irrévocable, même quant aux dispositions à titre onéreux, c'est-à-dire valider la clause dont nous parlons, c'est donner au texte une extension qu'il ne comporte pas, à raison de la nature exceptionnelle de la donation qu'il régit ; c'est en un mot faire un pacte successoire qui ne rentre pas dans l'exception prévue par les art. 1082 et 1083, qui tombe dès lors sous l'application des art. 791 et 1130, qui, par conséquent, est nul.

Mais, dit M. Bonnet : « le donateur aurait pu faire une donation entre vifs ordinaire emportant dessaisissement immédiat de ses biens. Pourquoi lui serait-il défendu de les donner avec réserve d'usufruit ? L'interdiction qu'il s'est faite, de disposer à quelque titre que ce puisse être, des choses comprises dans sa libéralité, n'a pas d'autre résultat. Elle aura pour effet de convertir la disposition en une donation entre vifs de la nue propriété des biens présents et des biens à venir. »

Assurément, si telle avait été l'intention du donateur, s'il avait entendu faire une donation cumulative de ses biens présents et de ses biens à venir, nous ne

verrions pas d'inconvénient à faire sortir effet à cette disposition; d'une part, en effet, l'art. 1084 autorise ces sortes de donations par contrat de mariage, d'autre part, nous l'avons déjà dit, il n'y a pas de formules sacramentelles; ce qu'il faut rechercher avant tout, c'est l'intention.

Précisément, c'est l'intention que nous ne voyons pas dans la clause dont s'agit, ou plutôt nous voyons bien l'intention de faire une donations de biens à venir qu'on voudrait transformer en une intention de faire une donation cumulative de biens présents et à venir. Ceci nous paraît impossible, car c'est « dénaturer la donation et aller au delà de la volonté du disposant (1).

La circonstance que le consentement du donataire relèverait le donateur de l'interdiction de vendre qu'il se serait faite, ne modifierait évidemment pas la solution; car nous ne serions pas davantage dans les termes de l'art. 1083; sans compter que le refus du donataire pourrait rendre toute aliénation impossible. Quant à la raison qu'invoque un arrêt de Toulouse du 18 janvier 1820 (2), il est vraiment facile d'y répondre. L'arrêt se base sur ce que cette clause faisant partie d'un contrat de mariage on ne peut rien y changer, car ce serait porter atteinte aux conventions matrimoniales. C'est vrai, mais à une condition, toutefois, c'est que cette clause soit licite; il y a quelque chose qui passe avant le respect de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, c'est le respect de la

(1) Demolombe. XXIII, n° 314.
(2) Journ. Pal. 1820, p. 712.

loi : or, nous l'avons démontré, la renonciation dont s'agit est illicite (1).

L'institution contractuelle qui laisse intact le droit pour le donateur de disposer à titre onéreux, lui enlève en principe la faculté de disposer à titre gratuit et il faut donner à cette expression le sens le plus large ; il faut entendre par là non seulement les legs, les donations directes, mais aussi celles qui sont déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux, les dons manuels et aussi les donations par contrat de mariage ; nous ne reconnaissons en effet à ces dernières dispositions le caractère de contrats à titre onéreux que respectivement au mari, quand c'est à la femme qu'est faite la constitution dotale ; mais au regard de la femme, ou au regard du mari lui-même, quand la donation par contrat de mariage lui est faite directement, il nous est impossible de considérer cette donation comme un acte à titre onéreux : nous trouvons la justification de cette distinction dans la définition même de la dot, par l'art. 1540 : « La dot est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. » Nous rencontrons bien là les caractères du contrat à titre onéreux : l'obligation pour chacune des parties de donner ou de faire quelque chose (art. 1104). L'obligation consiste pour la femme dans l'apport dotal qu'elle doit effectuer ; l'obligation pour le mari, c'est de supporter les charges du mariage.

(1) Demolombe. Loc. cit. — Aubry et Rau, VIII, texte et note 56. — Laurent. XV, n° 215. — Riom, 4 Décembre 1810. — Dalloz. N° 2070.

Au contraire, entre la femme ou le mari, au cas où c'est à lui que la donation est faite, et le donateur, le contrat présente tous les caractères de la donation et aucun des caractères à titre onéreux. Le constituant a donné librement en effet, spontanément, et sans rien recevoir en échange. Car l'obligation qui va résulter pour la femme par exemple de supporter les charges du mariage, outre qu'elle ne naît pas de la constitution de dot, mais du mariage lui-même, la femme ne l'a pas prise envers le constituant mais bien envers son mari (1).

Entre le constituant et celui qui est l'objet de la constitution de dot, il n'y a donc qu'une donation, donation que le donateur de biens à venir n'a pas le droit de faire, aux termes de l'art. 1083.

« Le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, dit l'art. 1083, des objets compris dans la donation. »

Il est évident en effet, que restreint quant à ces objets, son droit de propriété reste entier quant à ceux qui sont en dehors de l'institution.

Même dans les limites de la donation de biens à venir, l'interdiction de disposer à titre gratuit n'est pas absolue, et elle ne pouvait l'être. Il fallait bien en effet laisser à celui qui dispose par contrat de mariage de tout ou partie de sa fortune en faveur des époux, le droit de satisfaire à un devoir de reconnaissance ou d'affection ; aussi, par un sage tempérament

(1) Demolombe. *Des contrats*, t. II, n° 212 et suiv., et Caen, 7 mars 70, Sir. 70. 2. 281.

apporté à la règle, le texte ajoute ceci : « *si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement.* »

On le voit, le législateur n'a pas voulu limiter les cas où la donation de sommes modiques serait valable ; il n'a pas voulu qu'on pût rechercher la cause du don ; du moment où la libéralité est modique, elle produira effet ; les expressions à titre de récompense ou *autrement* prouvent bien que les dons rémunératoires ne sont cités que comme exemple (1).

Une seule condition est essentielle : c'est la modicité de la somme. Il ne faudrait pas évidemment interpréter judaïquement le texte et conclure des expressions dont il s'est servi « *sommes modiques* » que la donation d'une somme d'argent est seule permise. Qui ne voit en effet qu'ici le mot « *sommes* » est synonyme du mot « *valeurs* » ? La vérité est donc que le donateur peut disposer d'un immeuble, d'un objet quelconque compris dans l'institution, pourvu que cet objet ou cet immeuble représente une *valeur modique.*

Ce qui résulte des termes de l'art. 1083, c'est qu'une disposition à titre universel faite par le donateur, serait nulle, fût-elle rémunératoire : les dispositions à titre particulier sont les seules autorisées ; c'était la solution de l'ancien Droit et elle repose sur cette idée vraie à savoir que l'instituant ne peut jamais révoquer directement le titre que l'institution a con-

(1) Bonnet. II. n° 424. — Colmet de Santerre. IV. 256 et 256 bis. 1. — Aubry et Rau. VIII, § 739, texte et note 47 et 48. — Demolombe. XXIII, n° 317.

féré à l'institué ; or ce titre se trouverait fractionné par une disposition à titre universel.

C'est aux tribunaux qu'il appartiendra d'apprécier si la *modicité* se rencontre dans la disposition attaquée ; pour cela ils prendront en considération d'une part la fortune de l'instituant, d'autre part l'objet de l'institution. Ils rechercheront si l'instituant a été de bonne foi, c'est-à-dire s'il n'a pas cru dépasser les limites tracées par l'art. 1083, et, en cas que la donation soit excessive, ils la réduiront simplement. S'il leur apparaît au contraire que l'instituant a été de mauvaise foi, qu'il savait très bien enfreindre les dispositions de la loi, alors ils n'hésiteront pas à annuler la disposition tout entière ; tel serait le sort assurément de la donation à titre universel.

Le donateur ne saurait se plaindre de la situation qui lui est faite ; d'autant mieux qu'il est libre de la faire ce qu'il veut ; il peut en effet se réserver le droit de disposer à titre gratuit d'une facon absolue, illimitée, au point de réduire à néant, au moins quant à l'émolument, l'institution contractuelle (art. 1086) ; mais sans aller jusque-là, ce même article lui donne la faculté de se réserver le droit de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une certaine somme à prendre sur les biens donnés.

Supposons qu'une donation de biens à venir contienne cette réserve, quels vont en être les effets ? Le pouvoir que confère au donateur l'art. 1083, de disposer à titre gratuit, va-t-il se trouver limité à l'objet de cette réserve ?

La question n'est pas douteuse quand il s'agit du droit d'aliéner à titre onéreux. Ce droit est aussi absolu avec la réserve que sans elle; elle ne lui porte aucunement atteinte; et si le donateur avait aliéné à ce titre tous les biens compris en dehors de la réserve, la donation qu'il aurait faite de l'objet ou de la somme réservés serait à l'abri des attaques du donataire. C'était la solution de l'ancien Droit (1).

Mais que décider relativement aux actes à titre gratuit?

Nos anciens auteurs inclinaient à croire que celui qui s'était réservé la faculté de disposer d'une somme ou d'un objet compris dans l'institution, s'était « prescrit à lui-même des bornes pour les donations entre vifs et testamentaires (2), » de telle sorte que, en dehors de la réserve toute disposition à titre gratuit était nulle; toutefois l'opinion de Brodeau était que la réserve n'empêchait pas les libéralités modiques pour l'Eglise et pour toutes autres causes pies (3).

Nous croyons que sous l'empire du Code, cette interprétation ne devrait pas être suivie, au moins en principe.

Dans notre ancienne jurisprudence, où les libéralités que pouvait faire l'instituant n'étaient pas limitées, on conçoit qu'on ait interprété la clause de réserve comme une limitation que se fixait à lui-

(1) Lebrun, des *Successions*, liv. III, chap. II, n° 240. Comp. Auroux des Pommiers, sur l'art. 220 de la coutume de Bourbonnais.

(2) Lebrun, *loc. cit.*

(3) Brodeau sur Louet, lettre S., somm. IX., n° 5.

même le disposant, mais aujourd'hui que l'art. 1083 renferme la faculté de donner dans des limites étroites, n'est-il pas plus naturel et plus vrai de penser qu'en se réservant la faculté de disposer d'un objet ou d'une somme, le donateur a entendu non pas restreindre mais agrandir le cercle de l'art. 1083 ?

A moins donc qu'il ne résulte des termes de la clause que l'intention du donateur a été de préciser la faculté qui lui resterait *de disposer par donation entre vifs ou testament*, nous reconnaîtrions à ce dernier le droit de faire des dispositions à titre gratuit, dans les limites de l'art. 1083, indépendamment de la somme ou de l'objet qu'il s'est réservé (1).

Nous savons que si le donateur meurt sans avoir usé de la faculté qu'il s'est réservée, les biens compris dans la réserve appartiennent au donataire, et cela, avons-nous dit, par la raison que ces biens font partie intégrante de la donation et qu'il faut pour les en faire sortir la volonté du donateur. Nous ajoutons : la volonté formelle ; supposons l'hypothèse suivante : le donateur a donné la moitié par exemple des biens qu'il laissera à son décès, et il s'est réservé la faculté de disposer d'une somme de 10.000 francs à prendre sur cette moitié. Il meurt, laissant une succession solvable, après avoir légué ou donné une somme supérieure, ou si l'on veut même, juste 10.000 francs. Eh bien, à moins que quelque circonstance ne vienne établir que l'intention du donateur ait été

(1) Demolombe, XXIII, n° 381. — Comp. Troplong. T. IV, n°s 2461 et 2462 et Bonnet. T. II, n° 430.

d'user de la faculté qu'il s'est réservée, on ne devra pas présumer cette intention, car ainsi que le dit Pothier, « le donataire, ayant en sa faveur une volonté expresse, qui comprend dans la donation la chose réservée, en cas que le donateur n'en dispose pas, il faut une volonté également expresse pour l'en priver (1). » La prétention du donataire, qui réclamerait la moitié de la succession du donateur, y compris les 10.000 francs, devrait donc être accueillie.

Que faudrait-il décider si le donateur, au lieu de se réserver la faculté de disposer de telle somme ou d'un objet de telle valeur, sans désignation de personne, avait déterminé la personne en faveur de laquelle il entendait l'exercer, la manière dont il l'exercerait ou l'objet sur lequel elle porterait? Evidemment ce sera là surtout une question d'espèce; on devra rechercher dans les circonstances de la cause, les termes de l'acte, si la clause semble être limitative ou seulement indicative; la jurisprudence paraît avoir une tendance à lui attribuer dans le doute, ce dernier caractère (2). C'est ainsi qu'elle a résolu dans le même sens les deux espèces suivantes : dans l'une le donateur avait réservé au profit de sa femme l'usufruit de tel immeuble, et il lui avait donné une rente viagère ; dans l'autre le donateur s'était réservé la faculté de disposer de l'immeuble A, et il avait

(1) Introduction au Tit. XV., de la *Cout. d'Orléans*, n° 27.

(2) Cass. 27 février 1824. Dev. et Carr. VIII, 1, 262. — Cass. 26 mars 1845, Sir. 1849, 1, 120. — En sens contraire, tribunal de la Seine, 16 anv. 1855, *Gazette des Tribunaux* du 16 janvier 1855.

disposé de l'immeuble B. Il fut jugé dans l'une et dans l'autre hypothèse que la chose donnée ayant en réalité la même valeur, le donateur n'avait pas outrepassé le droit que lui conférait la clause de réserve. L'essentiel, en effet, est que le donataire n'ait pas à souffrir de la substitution; aussi la règle d'interprétation posée par la jurisprudence nous paraît-elle bonne en principe; mais, nous le répétons, c'est surtout une question de circonstances.

Si le donateur a le droit d'étendre au delà des limites de l'art. 1083, la faculté de disposer à titre gratuit que lui confère cet article, a-t-il par contre le droit de renoncer complètement à cette faculté? Les motifs qui nous ont fait refuser cette faculté au donateur, en ce qui concerne les actes à titre onéreux, se reproduisent ici avec la même force; il faudrait sortir du texte de l'art. 1083, ce qu'il n'est pas possible de faire en cette matière exceptionnelle; aussi la renonciation par le donateur au droit de faire des libéralités dans les limites prescrites par cet article, devrait-elle être considérée comme nulle et non avenue.

## SECTION II

### EFFETS AU REGARD DU DONATAIRE

Ces effets étant différents, suivant que l'on se place pendant la vie du donateur ou à son décès, il faut les examiner séparément à ces deux époques.

§ I

*Pendant la vie du donateur*

Nous nous sommes expliqué déjà sur la nature du droit que l'institution contractuelle confère à l'institué, pendant la vie de l'instituant. C'est là un point important; de la manière dont on envisage la donation de biens à venir, du caractère qu'on lui attribue, dépend en effet la solution de difficultés qui divisent la doctrine et la jurisprudence.

Pour nous, c'est un droit de succession que confère l'institution contractuelle, *un droit éventuel à la succession future du donateur*, avons-nous dit, un droit que l'on peut assez exactement assimiler au droit de l'héritier réservataire, avec cette différence toutefois que le donataire de biens à venir puisant ce droit dans un contrat, en est saisi irrévocablement, de telle sorte que la loi qui n'a pas d'effet rétroactif, ne pourrait modifier la situation faite au donataire par le contrat de mariage; mais ce droit n'en reste pas moins un droit de succession, et on peut dire que l'institution assure un don irrévocable de succession.

Cette définition, d'éminents auteurs l'avaient tout d'abord repoussée: MM. Aubry et Rau n'avaient pas voulu voir dans le droit de l'institué un droit de succession, mais bien un droit *de propriété*; dans la 3e édition de leur ouvrage, voici en effet comment ils définissaient ce droit: « un droit de *propriété*, lequel ne porte toutefois que sur des biens à venir qui n'exis-

teront comme matière de ce droit que lors de l'ouverture de la succession de l'instituant (1). » L'esprit, il faut l'avouer, a besoin de faire un effort pour s'imaginer un droit sur des biens qui ne peuvent pas être encore la matière d'un droit.

Quoi qu'il en soit, dans la dernière édition, MM. Aubry et Rau, abandonnant la définition qu'on vient de lire, ne qualifient plus le droit de l'institué de *droit de propriété*, *mais bien de droit successif* (2), irrévocablement acquis.

Ainsi, tandis qu'autrefois le donataire était investi, aux yeux des savants auteurs, d'un droit de propriété, ce même donataire n'est investi maintenant, pour eux, que d'un droit de succession, et l'on va voir combien ce changement dans la qualification, dans la conception, dans la manière d'envisager la nature du droit de l'institué, va produire une importante modification au point de vue de la solution d'une grave question. Nous voulons parler de la question de savoir si le donateur pourrait céder son droit ou y renoncer.

Du moment où MM. Aubry et Rau considéraient que l'institué avait un droit *de propriété*, ils étaient tout naturellement amenés à conclure que les art. 790, 1130 et 1600 ne lui étaient pas applicables, et à lui permettre de céder son droit. Maintenant au contraire qu'ils reconnaissent à ce droit son véritable caractère, qu'ils lui donnent sa physionomie vraie, qu'ils voient en lui simplement un droit de succession,

(1) Aubry et Rau. 3e édition, t. VI, § 739, p. 263.
(2) Aubry et Rau. T. VIII, § 739, texte et note 57.

ils n'hésitent pas à le soumettre aux dispositions des articles précités, et à déclarer qu'il ne saurait être l'objet d'une cession ou d'une renonciation.

Cette solution est la seule conforme à la nature du droit qui découle de l'institution contractuelle, et aux droits du Code qui régissent les pactes sur successions futures.

Que le droit de l'institué soit simplement un droit de succession, c'est là un point certain sur lequel nous croyons n'avoir pas à revenir.

Ceci posé, comment ne pas voir dans la cession ou la renonciation de ce droit successif, de la part de l'institué, un acte nul, aux termes des art. 791, 1130 et 1600 ?

Quelle raison pourrait-il y avoir de distinguer ? Nous avouons n'en voir aucune.

Serait-ce parce que l'art. 791 ne serait applicable qu'aux successions testamentaires ou *ab intestat*, et non aux successions contractuelles ?

Mais le texte ne fait aucune distinction ; ses termes sont absolus, et ils visent toute espèce de successions, toute espèce de droits successifs.

Serait-ce parce que dans les successions testamentaires ou *ab intestat*, l'héritier n'a que des espérances plus ou moins sérieuses, tandis que dans l'institution contractuelle, le titre de l'institué est irrévocable ?

Mais la prohibition contenue dans les articles dont s'agit tient beaucoup moins au caractère de révocabilité inhérent aux espérances de l'héritier qu'à l'incertitude de l'ouverture et à l'éventualité de

l'objet ou de l'émolument. Or, ces motifs qui ont fait proscrire les pactes successoires, s'appliquent ici avec la même énergie, comme le dit Colmet de Santerre : « incertitude sur l'époque de l'ouverture du droit, incertitude sur le chiffre du patrimoine, partant spéculation dangereuse et immorale, parce que le cédant n'en peut apercevoir les conséquences, et que le concessionnaire profite de ses passions et de son aveuglement (1) ».

Croit-on qu'il soit bien moral en effet que le donateur, qui n'a eu pour but que de favoriser le mariage, et d'assurer un patrimoine à la famille qui va se fonder, assiste impassible à un trafic où la spéculation, selon la remarque de Dalloz, doit s'établir sur l'éventualité de sa mort?

Croit-on qu'il soit conforme à son intention que sa succession soit l'objet de spéculations ruineuses pour la famille même qu'il entendait gratifier? Et cependant peut-il en être autrement? Evidemment non. Il est bien certain en effet que le prix de cession sera dérisoire ; car personne ne voudra se porter cessionnaire, autrement que dans des conditions désastreuses pour le cédant, d'un droit que le donateur pourra réduire à néant du jour au lendemain par des aliénations à titre onéreux.

Et puis quelles garanties offrirait une renonciation? N'est-il pas vrai que le plus souvent elle ne serait pas l'œuvre de la volonté réfléchie et libre du

(1) Colmet de Santerre. IV. n° 256 bis, III.

donataire, et la raison qui la faisait repousser dans notre ancien Droit ne s'appliquerait-elle pas avec tout autant de force de nos jours : « *Consensus hœredis, vivo testatore, videtur extortus et non valet*(1) » ? Quel est le donataire qui ne serait pas disposé à faire toutes les concessions au donateur, alors que ce dernier peut rendre vaines et sans effet les libéralités faites à son profit ?

Ces considérations viennent fortifier l'argumentation de texte ; mais nous croyons que, même si les circonstances étaient favorables au maintien de la cession ou de la renonciation, il n'en faudrait pas moins les annuler ; c'est ainsi suivant nous qu'il faudrait annuler la renonciation que le donataire ferait dans le contrat de mariage de l'un de ses enfants, afin de lui assurer le bénéfice d'une autre institution contractuelle, que l'instituant ferait au profit de ce dernier ; la règle de l'art. 791 nous paraît en effet ne comporter aucune distinction.

A toutes ces considérations déjà si puissantes, vient s'en ajouter une autre ; c'est que le législateur qui a voulu entourer les contrats de mariage de toutes les garanties d'irrévocabilité possibles, l'exposerait du même coup à toutes sortes d'instabilités, en « livrant aux discussions et à l'incertitude des volontés réciproques, les conditions déjà solennellement arrêtées, auxquelles la loi a voulu attacher un

(1) Dumoulin. Sur Auvergne, t. XII, art. 53.

caractère de fixité, et sur la foi desquelles a été contracté le mariage (1). »

Disons enfin que la doctrine que nous défendons a pour elle l'autorité de l'ancien Droit; bien que la faveur du régime féodal eût fait fléchir, à l'égard de certaines personnes, la prohibition de faire des pactes sur succession future, on ne recevait point l'institué à abandonner son droit, à y renoncer; nous connaissons le motif qu'en donnait Dumoulin : « *Consensus hæredis, vivo testatore, videtur extortus et non valet.* » C'était l'opinion de tous nos anciens auteurs (2).

C'est encore celle qui enseigne une doctrine presque unanime (3), et l'on peut dire qu'elle est également consacrée par la jurisprudence.

L'on pourrait croire tout d'abord celle-ci hésitante, incertaine, contradictoire, il n'en est rien, et quand on va au fond des choses, on s'aperçoit qu'il est bien facile de concilier les décisions contraires en apparence, qu'elle présente. Troplong a très nettement indiqué la distinction que fait la jurisprudence : « Il ne faut pas confondre, dit-il, la vente de droits successifs non ouverts avec la vente d'une créance soumise à la condition du prédécès du débiteur; car le

(1) Cass. 16 août 1841. Sir. 41. 1. 984.

(2) Chabrol. Sur Auvergne, chap. XIV, art. 26, t. II, p. 355. — Ricard. *Donations*, 1re partie, n° 774, et Lebrun, *Des Successions*, liv. III, chap. 2, nos 27 et 28.

(3) Laurent. T. XV, nos 224 et 225. — Troplong. T. IV, n° 2355. — Duranton. VI, n° 49. — Toullier. T. XII, n° 16. — Colmet de Santerre. T. IV, n° 256 bis III. — Demolombe. T. XXIII, n° 324. — Bonnet. T. II, nos 451-453. — Contra. Duvergier. *De la vente*, t. I, 232. — Benech. *De la quotité disponible entre époux*, p. 449 à 451.

créancier qui, lors de l'évènement de la condition, fera valoir ses droits sur la succession, n'agira pas en qualité d'héritier, mais bien en qualité de créancier (1). »

C'est ainsi que dans les espèces à propos desquelles sont intervenus les arrêts de Lyon, 16 janvier 1838, — Poitiers, 25 juillet 1839, cass. 10 août 1840, cass. 16 août 1841 ; — Toulouse, 15 avril 1842, — Orléans, 4 août et 28 décembre 1849, cass. 11 janvier 1853, — Agen, 17 décembre 1856, et Caen, 13 mai 1861 (2), — la jurisprudenec a décidé que, s'agissant d'institutions contractuelles, le droit de l'institué n'était qu'un droit successif, et ne pouvait être l'objet d'une cession ou d'une renonciation.

Au contraire des arrêts de cass. 22 février 1831, Agen, 12 mai 1848, cass. 16 juillet 1849, cass. 16 mai 1853, ont jugé cette cession et cette renonciation valables, parce que s'agissant de donation portant sur des droits certains et irrévocables, quoique soumis à la condition de survie, ces droits n'avaient pas le caractère de droits successifs, et pouvaient dès lors être l'objet d'une cession ou d'une renonciation (3).

« Il faut, disait le tribun Jaubert, distinguer le

(1) Troplong. *De la Vente*, n° 250 — V. aussi *Donations et Testaments*, t. IV, n°s 2355, 2546 et 2550.

(2) Sir, 1838, 2, 453. — Sir, 1839, 2, 502. — Sir, 1840, 1, 757. — Sir. 1841, 1, 984. — Sir, 1842, 2, 385. — Sir, 1850, 2, 199. — Sir, 1853, 1, 65. — Sir, 1857, 2, 1. — Sir, 1862, 2, 497.

(3) Sir, 1831, 1, 102. — Sir, 1848, 2, 188. — Sir, 1849, 1, 304. — Sir, 1853, 1, 490.

*titre* et l'*émolument* ; le *titre* est irrévocable ; quant à l'*émolument*, il ne pourra être véritablement connu qu'au décès (1). »

Cette distinction est parfaitement exacte ; le *titre* que confère l'institution contractuelle à l'institué est la qualité d'héritier, qualité qu'il n'est plus au pouvoir de l'instituant de révoquer directement ou même par des libéralités ; l'*émolument* consiste dans les biens que le donateur laissera à son décès, et comme le donateur reste propriétaire de son patrimoine, qu'il peut disposer *in infinitum* de ses biens à titre onéreux, cet émolument n'est ni actuel, ni même certain, puisqu'il peut ne pas exister. Tant que le donateur vit, le droit du donataire existe bien, mais il ne se réalise qu'au décès du donateur au moment où l'institution contractuelle s'ouvre, de même que toute succession.

Ainsi donc, pendant la vie de l'instituant, l'institué n'a aucune espèce de droit de propriété ; celle-ci continue à résider sur la tête du donateur, et elle ne passe sur celle du donataire qu'au décès du donateur. L'institué recueille les biens qui composent le patrimoine de ce dernier, de la même manière que l'héritier recueille la succession de son auteur (art. 711), c'est-à-dire sans effet rétroactif. Comment concilier d'ailleurs la rétroactivité du droit du donataire, avec le droit de propriété qui n'a cessé d'appartenir au donateur jusqu'à sa mort ? Le droit absolu de pro-

(1) Locré. *Législation civ.*, t. XI. p. 484.

priété ne peut pas résider sur deux têtes à la fois; et assurément le droit de propriété du donateur exclut le droit de propriété du donataire.

De ce principe que le donataire ne devient propriétaire des biens qui composent la donation de biens à venir, qu'à partir du décès du donateur et sans aucun effet rétroactif, découlent plusieurs conséquences importantes, entre autres, les suivantes :

Le donataire ne peut aliéner ni à titre onéreux, ni à titre gratuit les biens compris dans la donation et qu'il n'est appelé à recueillir que dans la succession du donateur; il ne pourrait davantage conférer une hypothèque conventionnelle sur ces biens; quant aux hypothèques générales, judiciaire ou légale, elles ne frapperont ces mêmes biens que du jour du décès. Nous ne croyons pas que même l'hypothèque légale de la femme mariée pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales, puisse faire exception, et si l'institution contractuelle devient caduque, cette hypothèque n'aura jamais frappé les immeubles qui faisaient l'objet de la donation.

On invoquerait vainement en effet l'art. 952 qui dispose que l'effet du droit de retour est de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura

été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques.

Cet article est inapplicable de tous points à la donation de biens à venir; car, autre chose est le droit de retour, autre chose la caducité. Le premier suppose en effet que le donataire a été saisi du droit de propriété ; seulement ce droit de propriété se trouve révoqué par l'événement prévu par le donateur, en un mot le droit de retour implique nécessairement l'idée d'une donation de biens présents, qui a produit son effet; nous sommes au contraire en présence d'une donation de biens à venir qui n'a pas produit son effet, dont la caducité a eu précisément pour conséquence d'empêcher la réalisation.

Ainsi, on le voit, étendre la disposition de l'art. 952 à l'hypothèse qui nous occupe, ce serait étendre une disposition déjà exceptionnelle en soi, à un cas absolument différent de l'espèce que prévoit l'article.

Le gage des créanciers ne portant que sur les biens dont le débiteur est propriétaire, il s'en suit, que ceux-ci ne peuvent saisir ni faire vendre, pendant la vie de l'instituant, les biens compris dans l'institution (1).

Du principe que la propriété continue à résider sur la tête du donateur, il en découle encore cette conséquence, que les aliénations frauduleuses, ou les dispositions à titre gratuit qu'il a pu faire au préjudice de l'institution, ne sauraient être critiquées de son vivant par le donataire, jusqu'au décès de l'instituant, ce der-

(1) Paris, 9 février 1875 : Sir. 75. 2. 129.

nier n'est suivant les expressions de Danty, que le « spectateur de l'administration de son bienfaiteur, souvent même de ses aliénations et de son repentir (1) » ; il a un titre sans émolument. Qu'il ne puisse dès lors attaquer les actes de l'instituant, tant que ce dernier vit, cela est évident, mais devra-t-il être simple *spectateur*, au point de ne jamais avoir le droit d'intervenir pour sauvegarder son droit, quand il est compromis, et ne pourra-t-il pas être autorisé à prendre des mesures conservatoires.

La question est délicate. MM. Aubry et Rau qui avaient tout d'abord enseigné la négative, sont revenus sur leur opinion, et ils reconnaissent à l'institué le droit de s'adresser à la justice pour être autorisé à prendre ces mesures (2). La Jurisprudence est également dans le même sens (3). M. Demolombe (4) combat au contraire cette théorie, qu'il ne faudrait appliquer suivant lui que *dans les cas extrêmes et exceptionnels*.

Nous croyons que la doctrine de MM. Aubry et Rau et de la Cour de Cassation est plus conforme à la véritable nature du droit de l'institué, que celle de M. Demolombe.

La raison qui détermine ce dernier, celle qui avait d'ailleurs déterminé MM. Aubry et Rau, c'est l'assimilation de la position de l'institué à celle de l'héritier réservataire ; on ajoute que l'art. 1180 est

(1) Merlin. *Répert. V. Instit. contr.*, n° 2.
(2) Aubry et Rau. T. VIII. § 739, texte et note 64.
(3) Cass., 2 mai 1855, Sir. 56. 1.178, et Cass., 22 janvier 1873. Sir., 73. 1. 57.
(4) Demolombe. T. XXIII, n° 323.

inapplicable à l'institution contractuelle, parce que cet article ne trouvant son fondement que dans la rétroactivité, est étranger à un droit, qui, nous l'avons reconnu, agit sans rétroactivité aucune.

Or, l'assimilation entre l'héritier réservataire et l'institué n'est pas absolue en tous points ; tandis en effet que le droit du premier ne prend naissance qu'à l'ouverture de la succession, le droit du second existe du jour même de la donation, et pendant la vie de l'instituant ; et ce droit né, actuel, a pour corrélatif l'obligation actuelle, pour l'instituant, de ne rien faire qui puisse le compromettre, et porter atteinte à l'institution.

Que si l'instituant agit au mépris de l'art. 1083, pourquoi donc n'appliquerait-on pas l'art. 1080, et ne permettrait-on pas à l'institué de prendre des mesures conservatoires ?

« Vainement, disent MM. Aubry et Rau, objecterait-on que l'article précité ne s'applique qu'aux droits simplement conditionnels, et non à ceux qui comme celui de l'institué, sont tout à la fois conditionnels quant à leur ouverture et éventuels quant à leur objet : Tout éventuel en effet, que soit le droit de l'institué, les aliénations à titre gratuit, faites en contravention à l'art. 1083, n'en constituent pas moins une violation actuelle de ce droit ; et cette violation justifie l'emploi également actuel de mesures destinées à en garantir l'exercice ultérieur (1). »

(1) Aubry et Rau. *Loc. cit.*

C'est une question très délicate et très controversée que celle de savoir si la femme instituée contractuellement jouit de l'hypothèque légale que lui confère l'art. 2135, pour sûreté de sa dot et des conventions matrimoniales.

Pour refuser l'hypothèque légale à la femme, on part de ce principe que « les conventions matrimoniales garanties par l'hypothèque doivent s'entendre seulement des avantages matrimoniaux, certains quant à leur existence, quoique éventuels et suspendus quant à l'éxécution, des avantages définitifs et conférant, à l'instant même où ils sont stipulés, un droit acquis à la femme qui en est l'objet (1). »

On fait remarquer en second lieu que cette hypothèque aurait pour effet de porter atteinte au pouvoir absolu que doit conserver le donateur de disposer à titre onéreux.

On objecte enfin qu'on n'aperçoit pas bien l'utilité d'une hypothèque, pour la femme, quand elle possède déjà l'action en revendication, autrement énergique et efficace (2).

Nous ne nous dissimulons pas la gravité de ces raisons ; mais nous croyons toutefois qu'on peut y répondre, et qu'il vaut mieux dire que l'institution contractuelle faite à la femme, est garantie par l'hypothèque légale de l'art. 2135, sauf à déterminer dans quelle mesure cette hypothèque pourra être exercée et produire effet.

(1) Pont. *Priv. et Hypot.* T. I., n° 438.
(2) Pont. *Loc. cit.* Troplong. T. IV., n° 2542.

Remarquons tout d'abord que les expressions du texte sont générales : l'hypothèque légale existe, y est-il dit, à raison des *conventions matrimoniales;* prétendre que ces mots ne doivent s'entendre que d'un avantage certain et définitif, c'est leur faire dire ce qu'ils ne disent pas ou plutôt c'est ne pas leur donner tout le sens et la portée qu'ils ont ; c'est en restreindre arbitrairement l'acception ; n'est-il pas évident en effet que les donations par contrat de mariage rentrent dans les conventions matrimoniales au premier chef, et cela sans qu'il y ait à distinguer si ces donations sont des donations de biens présents ou de biens à venir ?

Est-il plus exact de dire comme le font les partisans de l'opinion contraire, que cette hypothèque aurait pour effet de porter atteinte au droit qui appartient au donateur de faire, avant comme après l'institution, des dispositions à titre onéreux ?

En aucune manière. Il est incontestable en effet, que le droit de vendre et de conférer des droits réels hypothèques ou autres, sur les biens compris dans l'institution reste intact entre les mains du donateur et que la femme ne saurait se prévaloir de son hypothèque légale, à l'égard des acquéreurs à titre onéreux ou des créanciers hypothécaires de ce dernier.

Non, l'hypothèque ne peut avoir pour effet d'enlever au donateur la libre disposition de ses biens à titre onéreux ; seulement en faisant une institution contractuelle, l'instituant s'est privé désormais du

droit de faire des dispositions à titre gratuit, au-delà des limites de l'art. 1083; c'est cet abandon du droit de disposition à titre gratuit qu'elle a pour but de sanctionner; bien loin donc de faire échec aux dispositions de la loi, elle en sauvegarde le respect.

Mais à quoi bon, objecte-t-on enfin, cette hypothèque, alors que le donateur est déjà muni d'un droit plus sûr et plus commode, la revendication?

La réponse est facile; il est des cas où l'action révocatoire ne peut plus être exercée; dans ces cas on mettra en mouvement l'hypothèque.

Ainsi l'institution contractuelle comprenait des meubles; au mépris de l'institution, le donateur en a disposé à titre gratuit. Si les tiers sont protégés par l'art. 2279, à quoi servira l'action révocatoire? Absolument à rien; au contraire accorde-t-on à la femme son hypothèque légale? Si le mari a des immeubles, elle exercera son hypothèque sur les immeubles existants, à l'encontre des créanciers chirographaires; nous avouons n'apercevoir aucune bonne raison pour empêcher la femme de sauvegarder ainsi le droit qu'elle tient de l'institution contractuelle (1).

Ainsi comprise et limitée, l'hypothèque légale de la femme mariée nous paraît à l'abri de toute espèce de critique, et dans le même ordre d'idées, nous ne verrions aucun empêchement à déclarer valable une hypothèque conventionnelle, consentie par l'insti-

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 739, texte et note 65, et tome III, § 264, ter, texte et note 23 et 24. — Demolombe, t. XXIII, n° 324 bis (3).

tuant pour assurer les effets de l'institution contractuelle (1).

§ II

*Après la mort du donateur*

A partir de ce jour, le droit du donataire se fixe, se réalise; il n'avait que le titre, il aura désormais l'émolument; il n'avait qu'une expectative, qu'une espérance, il aura un droit certain de propriété ou de créance sur les objets compris dans l'institution, à la condition toutefois qu'il accepte la donation.

Pourrait-il donc la répudier?

Incontestablement cette faculté appartient au donataire de biens à venir.

Comment admettre en effet qu'il ait entendu accepter par avance une succession dont il ne connaissait pas les forces et dont il serait obligé de supporter les charges? Ne serait-ce par retourner contre lui une disposition faite en sa faveur?

On ne saurait objecter qu'une fois une succession acceptée, on ne peut plus y renoncer, *semel hæres, semper hæres;* car ainsi que le fait observer Merlin (2), « cette difficulté trouve une réponse péremptoire dans le principe qu'on ne peut ni accepter ni répudier la succession d'un homme vivant (1230), et le savant auteur ajoute : « l'héritier contractuel n'a traité que sur le droit de succéder. »

(1) Demolombe, XXIII, n° 324 bis (2).
(2) Merlin. *Rép. v° Inst. contr.*, § 11, n° 5.

C'est là enfin la véritable physionomie et le véritable caractère du contrat qui intervient entre le donateur d'une part et le donataire, lors du contrat de mariage. Comme le disait Boucheul (1) dans l'ancien droit : « l'institué n'a contracté que *sur la faculté d'être héritier s'il le veut,* » et parmi nos anciens auteurs, aucun n'a jamais songé à contester au donataire cette faculté d'option.

D'ailleurs, à défaut des principes les textes suffiraient pour l'établir, cette faculté. Il est bien évident en effet que l'absence de l'état de dettes présentes, dans une donation cumulative de biens présents et à venir, a pour effet de transformer cette donation en une donation unique de biens à venir ; or l'article 1085 reconnaît au donataire le droit d'accepter ou de répudier cette libéralité. D'un autre côté l'article 1086 permet au donataire d'une donation sous charges de s'affranchir de ces charges, en renonçant à l'émolument.

Si donc en principe la liberté la plus entière doit appartenir à l'institué sur le parti à prendre lors du décès de l'instituant, il est une hypothèse toutefois, prévue par nos anciens auteurs, dans laquelle on apportait un tempérament à la règle : c'est le cas où la personne instituée contractuellement, l'ayant été *à charge de remplir certaine obligation*, se trouvait être le fils unique ou l'unique parent de l'instituant : « Je n'estime pas, disait Lebrun, qu'en ce

(1) Boucheul. *Des Conv. de succéder,* chap. 30, n° 27.

cas, il soit permis à l'héritier institué de déclarer qu'il accepte la succession, non en vertu de l'institution, mais par droit du sang et *ab intestat*, parce qu'il y aurait du dol, dans la conduite de cet héritier, d'avoir lié les mains du donateur par l'acceptation de son institution contractuelle qui l'empêchait de disposer par testament, et... de s'aviser après cela de renoncer à l'institution même, et de vouloir venir *ab intestat*, afin de dispenser de la condition, ce qui est précisément contre l'édit *si quis omissâ causâ testamenti* (1).

Nous croyons qu'en pareil cas, il faudrait, aujourd'hui encore, apporter ce tempérament, car notre Droit nouveau n'est pas moins ennemi de la fraude que l'ancien Droit ; toutefois nous pensons avec M. Demolombe (2) que le donateur agirait sagement en prévenant lui-même cette fraude, par une disposition qu'il ferait au préjudice de son héritier légitime, pour le cas où son hériter institué repousserait l'institution.

Une fois son option exercée, il est clair que le donataire ne peut plus revenir sur le choix qu'il a fait ; il a en effet un droit semblable à celui de l'héritier *ab intestat*, et ce dernier ne serait évidemment pas reçu à revenir sur le parti qu'il aurait pris.

Que le donataire ne puisse pas diviser les effets de la donation de biens à venir, c'est-à dire l'accepter pour partie et la répudier pour partie, par exem-

(1) Lebrun. *Des Successions*, liv. III, chap. II, n° 40.
(2) Demolombe. T. XXIII, n° 332.

ple, l'accepter quant aux biens existants lors de la donation, et la répudier quant aux biens acquis par la suite, pour payer seulement les dettes qui existaient au jour de l'institution et non celles que le donateur aurait contractés depuis, c'est un point qui ne saurait être sérieusement contesté. C'est là un principe reconnu non seulement par nos anciens auteurs et consacré par un arrêt de Toulouse du 20 juin 1749 (1), mais qui résulte clairement de la combinaison des art. 1082, 1084 et 1085 du Code civil.

Si le donataire renonce à la donation, cette renonciation, pour être valablement faite, devra-t-elle être passée au greffe, conformément aux prescriptions de l'art. 784? Il a été jugé que cet article n'est pas applicable à l'institution contractuelle (2). Mais l'opinion contraire qui vient d'être adoptée par un arrêt récent de la Cour de Poitiers du 12 décembre 1887 (3) nous paraît plus juridique. En effet, disions-nous plus haut, ce que le donateur a accepté lors du contrat de mariage, c'est le droit de *se porter héritier;* et nous venons de voir qu'il avait lors du décès de l'instituant tous les droits d'un héritier; accepter purement ou simplement ou accepter sous bénéfice d'inventaire ou enfin renoncer: la conclusion n'est-elle pas qu'il doit renoncer dans la même forme et de la même manière qu'un héritier pourrait le faire?

(1) V. Lebrun, *loc. cit.* n° 20. — Furgole sur les art. 13 et 17 de l'Ordonnance. de 1731.

(2) Cass. 24 nov. 57. Sir. 58. 1. 240.

(3) Sir. 88. 2. 32. *Adde.* Tribunal de Dreux, sous Cass. 14 déc. 85. Sir. 86. 1. 481.

On ne peut pas d'ailleurs appliquer ici les règles des donations ; car les donations entre vifs une fois acceptées, le sont irrévocablement ; on ne peut y renoncer. Et puis, ne retrouve-t-on pas ici avec la même force, les motifs qui ont déterminé le législateur à abolir la règle de l'ancien Droit qui permettait les renonciations tacites ? Les rédacteurs du Code, en effet, en prescrivant que la renonciation se ferait au greffe, ont eu en vue soit l'intérêt de l'héritier lui même, soit surtout l'intérêt des tiers : L'intérêt de l'héritier, auquel il n'a pas voulu qu'on pût opposer une renonciation douteuse et équivoque ; l'intérêt des tiers auquel il importe au plus haut degré de connaître, de la manière la plus certaine, si oui ou non l'héritier a renoncé.

Mais cette règle doit recevoir un tempérament, au cas où l'institution contractuelle ne serait que d'un objet à titre particulier ; il est évident en effet qu'en pareil cas, les règles des successions ne pourraient plus s'appliquer, et qu'il faudrait décider comme on le fait pour le légataire à titre particulier, que la renonciation serait valablement faite par un acte notarié.

Si l'institué a accepté l'institution contractuelle, c'est une question très controversée que celle de savoir s'il jouit de la saisine, ou si au contraire il n'est pas tenu de demander la délivrance des biens compris dans l'institution, aux héritiers de l'instituant, auquel cas il ne pourrait exercer contre les tiers, aucune action relative à ces biens, et n'aurait droit

aux fruits et intérêts de ces mêmes biens qu'à partir du jour de cette demande ou du jour où l'héritier lui aurait consenti la délivrance.

Notre ancien droit plaçait l'institué sur le même pied que l'héritier, et lui accordait la saisine héréditaire légale.

« Le principal effet de l'institution, par rapport à l'institué, disait Auroux des Pommiers, est de faire un véritable héritier, qui est saisi de plein droit des biens du défunt, comme les héritiers du sang en sont saisis (1). »

Boucheul disait également : « Telles dispositions saisissent les mariés et leurs descendants, le cas arrivant, c'est-à-dire que l'institué après le décès de l'instituant, n'est pas obligé de demander la délivrance des biens compris dans son institution, mais en peut prendre la possession comme saisi de droit (2). »

Pothier n'était pas moins affirmatif : « L'héritier contractuel étant un vrai héritier, lorsqu'il accepte la succession, nous dit-il, il est censé saisi de même que tout héritier, dès l'instant de la mort de l'instituant, suivant la règle : *le mort saisit le vif* ; et il peut se mettre en possession de tous les biens qui en dépendent, sans en demander aucune délivrance (3). »

Cette disposition se rencontrait enfin dans plu-

(1) Auroux des Pommiers, sur Bourbonnais, art. 223, n° 1.
(2) Boucheul. *Des conventions de succéder*, chap. XXIX, n° 21.
(3) Pothier. *Introduction au titre XVII de la cout. d'Orléans*, n° 23.

sieurs coutumes, où elle était l'objet d'un texte formel (1).

Le même accord est loin de régner parmi les commentateurs du Code civil ; on connait en effet le laconisme des textes qui régissent la donation de biens à venir ; ils sont muets sur la question ; les auteurs ont dû en demander la solution aux principes, et il faut reconnaître que leur application n'est pas sans difficulté. Ce qui le prouve c'est la variété des systèmes auxquels cette question a donné naissance ; on n'en compte pas moins de quatre en effet.

Suivant un premier système, enseigné par Merlin, le donataire de biens à venir du Code civil, a la saisine héréditaire légale qu'avait l'institué de l'ancien Droit, c'est-à-dire, dans tous les cas (2).

D'après un deuxième système, au contraire, jamais l'institué ne jouit de la saisine, et il est toujours obligé de demander la délivrance aux héritiers du donateur, même quand ce serait un donataire universel et qu'il n'y aurait pas d'héritier à réserve, c'est-à-dire, même dans l'hypothèse de l'art. 1006, pour le légataire universel : « comme cet article, dit Colmet de Santerre (3), déroge au droit général des héritiers, consacré par l'art. 724, il ne doit pas être étendu hors de ses termes, qui s'appliquent seulement aux legs et non aux donations. »

(1) Auvergne, tit. XIV, art. 17. — Marche. art. 294. — Bourbonnais art. 219. — Nivernais, chap. XVII, art. 12.

(2) Merlin. *Répert. v° Instit. contr.* § 10, n° 2 et § 11 n° 2.

(3) Colmet de Santerre. T. IV. 256 *bis* V. Adde Marcadé, art. 1082.

Un troisième système, dont Duranton s'est constitué le défenseur (1), fait une sorte de transaction : il reconnaît que l'art. 1006 s'applique au donataire universel et que ce dernier a la saisine ; mais dans tous les autres cas, il la refuse aux institués contractuels, et les oblige à demander la délivrance des biens compris dans l'institution.

Enfin, dans un dernier système, auquel nous nous rallions, et dont les plus éminents jurisconsultes se sont fait les défenseurs (2), on accorde à l'institué universel la saisine héréditaire légale, conformément à l'art. 1006, c'est-à-dire quand il n'y a pas d'héritiers à réserve ; dans tous les autres cas, on reconnaît bien à l'institué la saisine : seulement ce n'est pas la saisine héréditaire, mais une saisine contractuelle, qui leur permet d'agir contre les tiers, sans aucune demande préalable en délivrance.

Tout d'abord l'opinion de Merlin nous paraît trop en opposition avec les termes généraux de l'art. 724, pour pouvoir réussir. Il n'est pas possible de ranger l'institué parmi les « *héritiers légitimes* » auxquels la loi accorde la saisine, d'autant mieux que le législateur a pris soin de ne pas conserver à la donation de biens à venir son ancienne appellation d'*institution contractuelle* ; aussi reconnaissons-nous avec Colmet de Santerre qu'étendre l'art. 724 à l'institué

(1) Duraton. T. IX., n°s 719 et 720.

(2) Demolombe. T. XXIII, n° 334. — Aubry et Rau. T. VIII. § 739, texte et notes 68, 69 et 70. — Adde Bonnet. T. II. n°s 459-460. — Comp. Troplong. T. IV, n°s 2366 et 2428. — Tribunal de la Seine, 27 février 1833. Sir. 34, 3,643. — Toulouse, 28 janv. Sir. 43, 2,194.

contractuel, ce serait porter atteinte au droit des héritiers.

Mais est-ce une raison pour refuser d'appliquer, comme cet auteur le fait, même l'art. 1006 aux donateurs de biens à venir ? Vraiment non, et tout au contraire, il nous semble que la disposition de cet article doit être étendue par *a fortiori* à l'institué contractuel : comment veut-on en effet que le donataire par contrat de mariage soit moins bien traité, au point de vue de la saisine, que le simple légataire surtout quand on voit l'ancien droit accorder la saisine aux institués contractuels, lui qui la refusait aux légataires.

De la combinaison des art. 724 et 1006, il résulte bien, ainsi que l'enseigne Duranton, que seul le donataire universel par contrat du mariage, en concours avec des héritiers non réservataires, jouit de la saisine héréditaire, et que cette saisine ne saurait être accordée aux institués contractuels en concours avec des héritiers réservataires, ou aux institués à titre universel ou enfin aux donataires à titre particulier. Mais s'en suit-il que ces derniers n'ont aucune espèce de saisine ? Nullement, et l'erreur des auteurs dont nous combattons les doctrines, a été précisément de ne pas voir qu'à côté de la saisine héréditaire il existe la saisine conventionnelle, résultant d'un contrat, et nous croyons qu'il n'est pas possible de refuser cette dernière à l'institué contractuel.

La saisine en effet ne vient pas ici de la loi ou de

la mort, mais du contrat; ce contrat procure au donataire, suivant les expressions de Troplong, un « investissement conventionnel, qui ne s'attache pas aux effets naturels du testament (1). » Il ne faut pas objecter, avec Colmet de Santerre, que, faire intervenir ici les art. 938, 1138 et 1583, c'est confondre la propriété et la possession; que le défunt, qui avait encore le possession, au moment de sa mort, n'a pu en saisir le donataire; que ce dernier dès lors est dans la même position qu'un légataire ou un successeur irrégulier.

Il n'est pas possible au contraire d'assimiler l'institué au légataire; car, tandis que le droit du premier résulte d'un contrat irrévocable, qui a engendré un lien de droit synallagmatique entre lui et le donateur, partant aussi ses héritiers, qui lui a donné cet investissement dont nous venons de parler, investissement qui pour devenir définitif, n'a besoin que de la mort du disposant, le droit du second, qui avant le décès n'était peut-être connu de personne, pas même du légataire, qui n'avait engendré aucun lien de droit synallagmatique entre ce dernier et le *de cujus*, a besoin « d'être fortifié par le concours des héritiers légitimes ». On conçoit alors, mais alors seulement, la nécessité de s'adresser à ceux-ci pour obtenir la délivrance.

Mais outre que nous admettrions volontiers avec M. Demolombe que la saisine héréditaire légale ne

(1) Troplong. *Loc. cit.*

s'applique pas « aux biens sur lesquels le défunt lui-même n'avait qu'un droit qui devait par l'effet de son prédécès, se résoudre ou se transmettre au profit d'un tiers (1) » il est une autre raison qui nous confirme dans notre opinion. Nous la puisons dans la raison d'être même de la demande en délivrance. Qu'a voulu en effet le législateur, en prescrivant cette mesure, sinon surtout permettre aux héritiers de vérifier un titre dont ils n'avaient peut-être pas la moindre connaissance avant le décès du testateur? Or, il n'y a pas cet inconvénient à redouter dans notre hypothèse, car le titre qu'invoque le donataire est inséré dans un contrat de mariage, et n'aura pas manqué, à raison de l'authenticité et de la publicité de ce contrat, d'être connu des héritiers.

Ainsi donc, la saisine que confère à l'institué le contrat, le dispense de toute demande de délivrance, lors du décès du donateur; cette saisine lui donne droit par conséquent aux fruits et aux revenus, du jour même de ce décès, et il peut à partir de cette même époque, exercer toutes sortes d'actions contre les tiers. Disons toutefois que dans la pratique, on fait simplement aux héritiers, une sommation d'avoir à délaisser les biens compris dans l'institution.

Nous apporterions une exception à cette règle, en ce qui concerne les donations d'une somme d'argent à prendre sur la succession du donateur, et les intérêts ne courraient pas au profit du donataire, du

(1) Demolombe, t. XIII, n° 140.

jour du décès, mais seulement du jour de la mise en demeure par lui faite aux héritiers. Ainsi le décide l'art. 1153 d'une manière générale pour tout créancier. Or, il est bien évident que, dans ce cas particulier, l'objet de l'institution contractuelle étant indéterminé, le droit conféré au donataire n'a pu être qu'un droit indéterminé, comme l'objet lui-même auquel il s'applique, c'est-à-dire un pur droit de créance, et que dès lors l'article 1153 trouve ici tout naturellement son application. Par conséquent, jusqu'à la demande de l'institué, les intérêts appartiennent exclusivement aux héritiers du donateur.

Mais, hormis cette exception, la règle reprend son empire : c'est ainsi que l'institué peut, sans former aucune demande en délivrance, intenter l'action en partage contre les héritiers, et provoquer contre ceux-ci la formation des lots, au cas où l'institution comprend une universalité ; revendiquer les objets compris dans la donation, s'ils sont déterminés ; s'ils ne le sont pas, en demander la détermination; réclamer le paiement, si la donation est d'une somme d'argent. A défaut d'héritiers réguliers, il procédera contre les héritiers irréguliers, enfant naturel, époux ou Etat, qui auront obtenu l'envoi en possession, conformément à l'art. 724; que si personne ne se présente pour recueillir la succession, nul doute qu'il n'ait qualité pour faire nommer un curateur à la succession vacante, après quoi, il pourra exercer son action contre ce dernier.

Nous avons vu que l'art. 1083 interdit au donateur

de disposer à titre gratuit au delà d'une certaine limite, au préjudice de l'institution. Si au mépris de cette disposition, il a donné un objet compris dans la donation, incontestablement le donataire est armé d'une action pour réclamer cet objet aux tiers détenteurs; mais comment qualifier cette action?

Ce ne peut-être une action en nullité, car la libéralité ne pourrait être opposée au donataire; il n'a donc pas à en demander la nullité, pas plus que l'héritier à réserve n'aurait à demander la nullité d'actes qui auraient porté atteinte à sa réserve, parce que ces actes auxquels il est resté étranger, sont à considérer, quant à lui, comme non avenus.

MM. Aubry et Rau qualifient d'une manière très heureuse et très exacte, suivant nous, cette action, d'action en *restitution* (1); en effet, au regard de l'institué, aussi bien qu'au regard de l'héritier réservataire, les biens dont s'agit sont censés n'être jamais sortis du patrimoine du *de cujus*.

Du caractère de cette action résultent les conséquences suivantes, que l'on retrouve d'ailleurs dans l'action en réduction des héritiers à réserve.

Elle peut être dirigée contre les tiers détenteurs, sauf l'application de l'art. 2279, s'il s'agit de meubles (art. 930).

Les biens à l'occasion desquels elle est exercée étant censés, avons-nous dit, n'être jamais sortis du patrimoine du donateur, rentreront libres de

(1) Aubry et Rau. T. VIII. § 739, texte et note 72.

toutes charges en hypothèques dont ils auraient été grevés du fait des donataires ou des tiers détenteurs (art. 929-930).

Quant à la durée et au point de départ de cette action, ils se déterminent suivant le droit commun. Par application de la maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio*, il faut décider que le délai dans lequel le donataire contractuel peut agir ne court que du décès du donateur ; et l'action se prescrira suivant la distinction posée par les articles 2262 et 2265, c'est-à-dire par trente ans pour les donataires et les tiers en général, et par dix ans ou vingt ans pour les tiers détenteurs avec juste titre et bonne foi.

Un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que l'on doit assimiler le donataire de biens à venir au légataire, quant à l'obligation au paiement des dettes de la succession. Donataire de l'universalité, il paiera l'universalité des dettes ; de la moitié, la moitié ; du quart, le quart.

La donation comprend-elle la totalité ou une fraction des meubles ou des immeubles du donateur le donataire supportera une fraction des dettes correspondante à la fraction des biens qu'il recueille ; enfin la donation est-elle à titre particulier, le donataire ne supportera aucune part dans les dettes.

Le principe est certain, et les conséquences que nous venons d'en déduire ne sont contestées par personne. Mais où la difficulté naît très sérieuse, c'est quand il s'agit de déterminer quelle est la na-

ture de cette obligation en elle-même, comment et jusqu'à quel point le donataire est tenu, s'il est obligé personnellement, c'est-à-dire *ultra vires emolumenti* ou seulement *ob rem*, c'est-à-dire *intra vires emolumenti*.

La réponse à cette question dépend évidemment du parti que l'on prend relativement à l'étendue de l'action à laquelle sont soumis les légataires universels et à titre universel, quant au paiement des dettes de la succession. L'on comprendra que nous ne puissions entrer ici dans tous les développements que comporte une pareille question; il nous suffira de dire qu'à notre sens, le légataire universel, soit qu'il concoure avec des héritiers à réserve, soit qu'il vienne seul à la succession, et le légataire à titre universel doivent être mis sur la même ligne que l'héritier, et qu'ils sont tous tenus comme lui, *ultra vires emolumenti*, à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire.

Cette doctrine a contre elle, il est vrai, l'autorité de l'ancien Droit; dans nos provinces coutumières, on considérait en effet les légataires comme de simples successeurs aux biens, et on ne les obligeait dès lors à contribuer au paiement des dettes qu'*intra vires emolumenti*. Mais outre que cette théorie rencontrait une certaine résistance chez plusieurs jurisconsultes, tels que Pothier et Lebrun eux-mêmes (1), il nous paraît que précisément le Code l'a entière-

(1) Pothier. Introd. au tit. XVII de la Cout. d'Orléans, n° 23. — Lebrun. Liv. III, chap. IV, n°s 10 et 79.

ment repoussée, et qu'il a vu dans les légataires universels ou à titre universel non plus de simples successeurs aux biens, mais bien des continuateurs du défunt.

« Toutes ces personnes, disait Pothier, en parlant des légataires et des successeurs irréguliers, ne sont tenues des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent; ils peuvent, en les abandonnant, se décharger des dettes. La raison en est que toutes ces personnes ne succèdent pas à la personne, mais seulement à ses biens. Ils ne sont tenus des dettes que parce qu'elles sont une charge des biens ; *il n'en sont point débiteurs personnels*. Or, c'est un principe que quand on n'est tenu de quelques dettes qu'à raison d'une chose qu'on possède, on peut s'en décharger en abandonnant la chose (1). »

Voyons maintenant ce que dit le Code, art. 1009 : « Le légataire universel qui sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, *personnellement* pour sa part et portion, et *hypothécairement* pour le tout..... » et l'art. 1012 dispose de même que le légataire à titre universel est tenu des dettes *personnellement* pour sa part et portion.

Ainsi donc, voilà qui est clair. Si dans l'ancien Droit, les légataires universels et à titre universel étaient tenus des dettes de la succession, seulement

(1) Pothier. *Des Success.*, chap. 5, art. 3, n° 1.

*intra vires*, c'est parce qu'ils n'étaient pas *débiteurs personnels;* le Code au contraire prend soin de déclarer qu'ils sont obligés *personnellement*; n'en doit-on pas nécessairement conclure qu'ils sont dès lors tenus, comme tout débiteur personnel, sur leurs biens personnels? (arg. de l'art. 2092.)

Le rapprochement de l'art. 873 des art. 1009 et 1012 vient encore fortifier l'opinion que nous défendons. Cet art. 873 est en effet conçu exactement dans les mêmes termes que les deux autres, et il détermine précisément l'obligation imposée aux héritiers légitimes. Voici ce que dit ce texte : « Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, *personnellement pour leur part et portion virile et hypothécairement pour le tout.* »

Comment après cela, soutenir que les légataires ne sont pas placés sur le même pied que les héritiers, quant au paiement des dettes, et que dès lors les premiers ne sont pas tenus au même titre que les seconds, *personnellement*, c'est-à-dire *ultra vires?* Comment soutenir cela, à moins de prétendre qu'en se servant des mêmes expressions, le législateur a entendu exprimer des idées différentes, ce qui n'est pas admissible?

Concluons donc que les rédacteurs du Code, rompant avec les traditions du passé, pour partir d'un principe beaucoup plus juridique et beaucoup plus vrai, ont considéré que l'hérédité comprenant l'universalité juridique des droits tant actifs que passifs du *de cujus*, toute personne qui a droit à cette uni-

versalité ou à une quotité, est en réalité un représentant du défunt, *un héritier;* et que dès lors quiconque vient prendre cette universalité en tout ou en partie, doit supporter la totalité ou une quotité proportionnelle des dettes, au même titre que l'héritier, c'est-à-dire *ultra vires* (1).

Si les donataires contractuels doivent être assimilés aux légataires, quant au paiement des dettes, cette assimilation n'est plus possible, quant à l'acquittement des legs. Que les légataires en soient tenus, rien de mieux; mais y soumettre l'institué contractuel, ce serait aller contre le principe d'irrévocabilité écrit dans l'art. 1083; ce serait en effet autoriser la révocation de la donation, ce que défend cet article. Disons donc qu'à moins qu'il ne s'agisse d'un legs modique, autorisé par la loi, ce n'est pas au donataire de biens à venir qu'incombera l'acquittement des legs, mais bien exclusivement aux héritiers *ab intestat*, ou aux légataires.

Quant aux legs modiques permis par l'art. 1083, ils seront supportés pour le tout par le donataire universel, s'il n'est pas en concours avec des héritiers réservataires, proportionnellement par le donataire universel en concours avec des héritiers réservataires, ou par le donataire à titre universel.

(1) Troplong. T. IV, n° 1840. — Demolombe. T. XV, n° 115 et suiv., t. XVII, n° 38 et suiv. — Bonnet. T. II, n° 491 et suiv. — Cass. 13 août 51, Sir. 51, 1, 657.

En sens contr. Aubry et Rau. T. VII, § 723, texte et note 1, et note 6, avec les autorités citées par ces auteurs.

# CHAPITRE IX

## DE LA CADUCITÉ, DE LA RÉVOCATION ET DE LA RÉDUCTION DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

### § 1er

### *De la caducité de l'institution contractuelle*

« Toute donation faite en faveur du mariage, dit l'art. 1088, sera caduque, si le mariage ne s'en suit pas. » Rien de plus logique que cette cause de caducité, car la donation n'étant faite qu'en vue de l'union projetée, il est tout naturel que, cette union venant à manquer, la libéralité tombe du même coup; elle n'a plus sa raison d'être. Toutefois, cette opinion avait rencontré des adversaires dans l'ancien Droit, et quelques auteurs soutenaient que, même au cas de non-accomplissement du mariage, l'institution contractuelle produisait effet. Ils mettaient en avant cette raison que l'obligation légale qui incombait aux parents, en pays de droit écrit, de doter leur enfant, devait faire considérer l'institution contractuelle, moins comme une donation en faveur d'un mariage en particulier que comme l'acquittement d'une dette. Mais Furgole (1) répondait avec raison que le père était libre de s'acquitter quand il voulait de cette

(1) Furgole. Art. 13 de l'ordon. de 1731 et quest. 23.

obligation, et que sa volonté n'existait plus, si le mariage n'avait pas lieu.

Il va de soi au surplus que le mariage dont la célébration doit avoir lieu, sous peine d'entraîner la caducité de la donation, est le mariage qui fait l'objet du contrat; car c'est en vue de ce mariage seulement et non en vue d'un autre mariage, que l'institution a été faite; mais il n'est point indispensable que le donateur soit encore vivant, au jour de la célébration. « La célébration du mariage, disait Chabrol, est à la vérité une condition de l'institution : mais pour l'accomplissement de la disposition, il n'est pas nécessaire que cette condition arrive pendant la vie de l'instituant : on peut donner sous une condition qui ne s'effectue qu'après la mort de celui qui donne. Si l'instituant ne peut pas révoquer la disposition dans l'intervalle du contrat à la célébration, sa mort ne doit pas opérer plus d'effet (1). » Ces raisons n'ont rien perdu de leur justesse et de leur valeur, sous l'empire du Code : en effet, l'accomplissement du mariage opèrera à l'instar de toute condition, c'est-à-dire qu'il rétroagira au jour du contrat, et il n'est interdit par aucun texte de donner sous une condition qui se réalisera après le décès du disposant. La situation se fixe au jour du contrat : le donateur est lié sous la seule condition que le mariage se fasse; mais du moment où cette condition s'accomplit, il importe peu que le donateur soit encore vivant ou

(1) Chabrol. *Sur cout. d'Auvergne*, ch. 14. art. 26, sect. 2.

mort, de même qu'il importerait peu, que capable lors du contrat, il fût devenu incapable entre la donation et la célébration du mariage. Il n'en serait autrement qu'au cas où l'époque fixée pour cette célébration aurait fait l'objet d'une mention expresse, et qu'il eût été stipulé par exemple qu'elle devrait avoir lieu avant la mort du donateur.

Nul doute que l'on doive mettre sur la même ligne l'inaccomplissement du mariage et la nullité du mariage ; car le mariage nul est à considérer comme s'il n'avait pas existé, et la donation, dont il a été la cause, est à considérer par la même raison, comme non avenue. La condition de l'institution est défaillie ; on ne saurait soutenir en effet que, en se dépouillant en faveur des futurs époux, le donateur a eu en vue une union d'un jour ; ce qu'il a entendu favoriser c'est une union durable, la seule qui mérite le nom de mariage. Et à cet égard, nous croyons qu'il n'y a pas à distinguer, suivant que le donateur aurait connu ou au contraire ignoré l'empêchement au mariage. Si dans ce dernier cas, en effet, il est impossible de ne pas venir au secours de sa bonne foi, dans le premier, il est permis de penser qu'il ne croyait pas que le vice serait découvert ; d'ailleurs n'est-il pas vrai de dire que son engagement, qui n'avait de force que par la faveur attachée au contrat dans lequel il était inséré, ne peut produire aucun effet, du moment ou ce contrat lui-même tombe, et ne mérite plus la faveur dont la loi l'avait entouré ?

Mais si la bonne ou la mauvaise foi est sans influence, au regard du donateur, on n'en saurait dire autant, en ce qui concerne les époux ; en effet les règles contenues aux art. 201 et 202, relatives aux mariages putatifs, leur sont certainement applicables. Si donc les deux époux sont de bonne foi, ils se trouveront dans la même situation que si le mariage n'était pas nul ; autrement dit l'institution contractuelle vaudra par rapport à eux et à leurs enfants. Si un seul des époux est de bonne foi, l'autre ne pourra profiter de la donation, qui appartiendra exclusivement à son conjoint et aux enfants issus du mariage. Mais au cas où l'institution contractuelle aurait été faite au profit de l'époux de mauvaise foi, les enfants issus du mariage ne sauraient, suivant nous, être appelés à recueillir le bénéfice de l'institution ; car les principes veulent qu'au regard de cet époux, le mariage soit censé n'avoir jamais existé. Il s'en suit donc qu'en réalité c'est comme si la donation avait été faite directement et exclusivement aux enfants à naitre, solution que repoussent à la fois, nous l'avons vu précédemment, et les principes du droit et les termes de l'art. 1082 (v. chap. IV, p. 188 et suiv.).

Une seconde cause de caducité des donations de biens à venir nous est révélée par l'art. 1089. « Les donations faites aux époux dans les termes des art. 1082, 1084 et 1086, dit ce texte, deviendront caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité. »

Nous avons vu (chap. IV, p. 186 et suiv.) ce qu'il faut entendre par cette expression de *postérité*, et nous savons qu'il faut la limiter aux enfants et petits-enfants issus du mariage à l'occasion duquel la donation a été faite. Nous avons dit aussi que si elle comprenait sans aucun doute les enfants légitimés, il était impossible d'y faire rentrer les enfants adoptifs. Mais à qui incombera le fardeau de la preuve? Sera-ce aux héritiers du donateur à établir que leur auteur a survécu, ou au contraire aux héritiers du donataire à prouver que c'est ce dernier qui a survécu? Nous n'apercevons aucune bonne raison pour ne pas assimiler sur ce point les donataires de biens à venir aux légataires, et pour ne pas leur faire l'application des principes du droit commun. Or, ces principes que résume la maxime: *actori incumbit onus probandi,* indiquent suffisamment que c'est aux héritiers du donataire ou de ses descendants, qui réclament l'exercice d'un droit, à prouver que ce droit est ouvert. C'est pour avoir voulu assimiler deux droits complétement distincts, le droit de retour et le droit de caducité, que Chabot (de l'Allier) (1), qui soutient l'opinion contraire, est tombé dans l'erreur. On conçoit en effet que les héritiers du donataire, dans le cas de l'art. 951, n'aient aucune preuve à faire, car le droit de ce dernier était complet, dès le jour du contrat; au contraire dans le cas de l'art. 1089, le donataire n'a qu'une espérance dont la réali-

(1) Chabot (de l'Allier), sur l'art. 720, n° 7.

sation est subordonnée au décès du donateur, c'est donc aux héritiers du premier à prouver que cette condition s'est réalisée.

Quand l'un des enfants issus du mariage ou tous sont morts, laissant des descendants, comment les droits de ces derniers se régleront-ils? Le partage se fera-t-il par souches ou par têtes?

Il faut appliquer ici les règles de la représentation.

Il est vrai que la représentation n'est admise par le législateur que dans les successions légitimes, mais l'autorité de la tradition et l'intention présumée du donateur commandent cette solution.

Tous nos anciens auteurs (1) s'accordaient, en effet, à reconnaître ce droit, en faveur des descendants, et il y a ceci de significatif, c'est que suivant Lebrun (2), on l'admettait même dans les coutumes qui ne reconnaissaient aucune représentation.

C'est qu'en effet on ne fait que se conformer à l'intention présumée du donateur. Qu'a-t-il voulu, sinon fonder le patrimoine futur de la famille qui allait se former? Et n'est-il pas évident qu'il a entendu que la descendance du donataire lui succédât dans le même ordre et de la même manière qu'elle lui succéderait, si c'était sa propre descendante (3)?

(1) Auroux des Pommiers, sur l'art. 219, de la coutume du Bourbonnais, nos 49, 50 et 51. — Lebrun, *des Successions*. liv. III, chap. II, no 36.

(2) Lebrun, *loc. cit.*

(3) Demolombe. T. XXIII, no 328, — Colmet de Santerre. T. IV, no 255 *bis* IV. — Grenier. T. III, no 416. — Aubry et Rau. T. VI, p. 270.

Nous avons vu (chap. IV, p. 199 et 200) qu'il fallait mettre sur la même ligne le prédécès du donataire et sa renonciation ; de sorte que s'il est vrai de dire que la donation est caduque par la renonciation du donataire et de sa postérité, il est également vrai d'ajouter que la renonciation de l'un des enfants ou de plusieurs ouvre le droit des autres.

La renonciation ou le prédécès de l'un des époux ouvriront-ils le droit de l'autre, si l'on suppose que les deux époux ont été institués conjointement ?

Nous pensons que dans ce cas, la part du renonçant ou du prédécédé n'accroîtra pas à son conjoint, conformément à la théorie du droit d'accroissement (art. 1044 et 1045).

Ce n'est pas dans l'ancien Droit qu'il faut aller chercher des raisons de décider : car la plus grande incertitude régnait parmi les auteurs sur ce sujet, et si Lebrun et Auroux des Pommiers (1) n'admettaient pas le droit d'accroissement, en matière d'institution contractuelle, Ricard, Dumoulin, Furgole et de Laurière (2) enseignaient au contraire qu'il fallait étendre ce droit aux institués contractuels.

Cependant l'opinion de Lebrun nous paraît avoir une importance toute particulière, étant donné ses idées sur la nature et le caractère de l'institution

(1) Lebrun. *Des successions*, liv. III, chap. II, n° 12.— Auroux des Pommiers. *Sur la cout. de Bourbonnais*, art. 219, n° 25.

(2) Ricard. *Donat.* part. III, n° 481. — Dumoulin. *Cout. d'Auvergne*, art. 17, t. XIV. — Furgole, sur l'art. I du t. II *de l'ordon. de 1747.* — De Laurière. T. I. p. 262.

contractuelle. On sait qu'elle revêtait à ses yeux le caractère non pas d'un testament ou d'une donation à cause de mort, comme c'était l'opinion de plusieurs auteurs, mais d'une donation entre vifs. Et alors, l'institué devant être considéré comme un donataire, il était tout naturel de ne pas lui appliquer le droit d'accroissement qui, lui, s'applique aux légataires.

Des trois systèmes de l'ancien Droit, nous savons lequel a choisi le législateur de 1804. Nous nous sommes efforcé de démontrer qu'en rangeant l'institution contractuelle dans la classe des donations entre vifs, il avait entendu en principe leur assigner ce dernier caractère.

Ne suit-il pas manifestement de là qu'il serait abusif d'étendre les art. 1044 et 1045 au cas qui nous occupe? Ecrits pour les légataires, on les appliquerait aux donataires!

Mais objecte-t-on, c'est reconnaître la véritable intention du donateur que d'étendre à l'institution contractuelle, le droit d'accroissement; car les motifs qui l'ont fait admettre dans le legs existent tout à fait les mêmes dans les donations de biens à venir!

Cela fût-il vrai, que ce ne serait pas une raison suffisante, surtout en l'absence de l'autorité d'une tradition constante pour justifier l'extension des art. 1044 et 1045; car ces articles reposent sur une présomption légale; or les présomptions, il est à peine besoin de le faire observer, ne s'étendent pas d'un cas à un autre.

Mais où voit-on cette identité de motifs, qui serait

décisive, d'après l'opinion que nous combattons? Nous avouons ne la voir nulle part.

Ce n'est pas dans le titre du donataire et dans celui du légataire, car l'institution confère au premier un droit qui pour n'être pas ouvert n'en est pas moins irrévocable, ce qu'on chercherait inutilement chez le second.

Ce n'est pas davantage, il nous semble, dans la volonté présumée du donateur.

Car il n'y a pas à redouter ici la conséquence que le défaut du droit d'accroissement entraînerait pour le légataire. Sans ce droit, en effet, le legs profiterait à celui qui était chargé de l'exécuter.

Or, dans notre espèce, rien de semblable. Le legs profitera aux enfants nés ou à naître de l'époux prédécédé ou renonçant; rien n'indique que cette conséquence répugne à l'intention du donateur, qui a donné en vue du mariage, c'est-à-dire, des époux et de leur enfants.

D'ailleurs, si telle est l'intention du donateur qu'au cas de prédécès ou de renonciation de l'un des époux, sa part accroisse à son conjoint, rien ne fait obstable à ce qu'il s'en explique dans le contrat de mariage, auquel cas sa volonté sera suivie, sans difficulté (1).

On peut mentionner une dernière cause de caducité de l'institution contractuelle : l'absence de toute

(1) Bonnet. T. II, n° 383. — Coin-Delisle. Art. 1082, n° 21. — Laurent. T. XV, n° 229. — Contra, Demolombe. XXIII, n° 326. — Aubry et Rau. T. VIII, § 739, texte et note, 86 et 87. — Troplong, 2363.

espèce de biens, au moment du décès, sur lesquels elle puisse s'exercer.

A qui profite la caducité de l'institution contractuelle ?

Au cas de non célébration ou de nullité de mariage, comme au cas de prédécès du donataire et de sa postérité on ne fait aucune difficulté pour appliquer le principe général en cette matière, suivant lequel la caducité d'une disposition à titre gratuit profite à ceux au préjudice desquels elles aurait reçu exécution ; ce qui revient à dire que la donation de biens à venir profitera aux donataires et légataires dans la mesure où elle eût empêché leur titre de produire effet. Mais on a voulu soutenir qu'au cas de renonciation, il en était tout autrement, et qu'il fallait appliquer alors l'art. 786, aux termes duquel entre *cohéritiers*, la part du renonçant accroît aux autres.

Cette théorie est complètement inadmissible. Car, il n'est pas possible de dire que le donataire de biens à venir soit un *héritier*, au sens de l'art. 786 ; cet article ne parle que de *cohéritiers* légitimes, qui ayant accepté la succession pour le tout, doivent y venir pour le tout quand l'un d'eux fait défaut, tandis que dans notre espèce, il s'agit d'un héritier *contractuel*, dont le titre est par conséquent tout différent du titre des héritiers dont parle l'art. 786 ; ceux-ci sont appelés par la loi, ceux-là par contrat ; ce ne sont donc pas des *cohéritiers*.

On reste donc sous l'empire de la règle générale

que nous venons de formuler : l'institution est à considérer comme si elle n'avait jamais existé, partant elle n'est pas imputable sur la quotité disponible, et elle profite non pas aux héritiers *ab intestat*, mais bien aux donataires ou légataires. De quoi pourraient se plaindre les héritiers? Du moment où ils sont remplis de leur réserve, est-ce que le *de cujus* n'a pas eu la pleine et libre disposition de son patrimoine? Aussi la jurisprudence et la doctrine sont-elles d'accord pour leur refuser tout droit d'agir (1).

§ II

*De la Révocation de l'Institution contractuelle*

L'art. 960 du C. C. pose une règle générale, absolue, à savoir que les donations sont révoquées de plein droit par la survenance d'enfants au donateur. Toutes les donations, même celles par contrat de mariage, sont soumises à cette règle : il n'y a d'exception que pour les donations entre futurs époux et entre conjoints.

Ainsi, donc, si au moment de la donation, le donateur n'a pas d'enfants et qu'il lui en survienne par la suite, la disposition se trouve révoquée de plein droit ; et la présomption de la loi est tellement absolue qu'elle ne permet pas au donateur de s'interdire le droit d'en bénéficier.

(1) Benech. *De la quotité disponible entre époux*, p. 472 à 475. — Demolombe. T. XXIII, n° 340. — Aubry et Rau. T. VII, § 739, texte et note 95. — Troplong. T. IV, n° 2356. — Cass. 15 mai 1866, le *Droit* du 16 mai 1866.

La seule difficulté est de savoir si l'existence d'un enfant naturel reconnu au moment de la donation met obstacle à la révocation par survenance d'enfant, tout comme le ferait l'existence d'un enfant légitime, à ce même moment.

Bien qu'un parti considérable enseigne l'affirmative (1), nous croyons qu'il n'est pas possible de mettre l'enfant naturel, en matière de révocation de donations, sur la même ligne que l'enfant légitime.

C'était le système de l'ordonnance de 1731 ; il suffit de lire les auteurs qui ont écrit au temps de l'ordonnance ou depuis, pour s'assurer qu'on considérait l'enfant naturel comme aussi incapable de révoquer la donation par sa survenance, que d'empêcher qu'elle soit révoquée. Voici comment Pothier résume la doctrine commune : « Observez que lorsque la loi dit *filios non habens*, et l'ordonnance, *personnes qui n'avaient pas d'enfants*, la loi et l'ordonnance n'entendent parler que des enfants *légitimes* ; car il n'y a que ceux-là qui soient regardés comme enfants et appelés aux biens de leurs pères (2). »

Or, l'art. 960 n'est que la reproduction de l'ordonnance : et il résulte de la discussion à laquelle donna lieu cet art. 960, qu'on a entendu appliquer le droit établi par l'ordonnance, tel que celle-ci le comprenait.

(1) Guilhon, 375. — Toullier. T. IV, p. 104.—Pont. *Revue de législation*, 1851, p. 14 et 696. — Troplong. Donat. n° 1381. — Paris, 29 décembre 1843. Sir. 44, 2, 49.

(2) Pothier. *Des Donations*, Sect. 3, art. 2, al. 7. Comp : Ricard, 3e part. n° 599 et Furgole, quest. 18.

La question est mise aux voix, nous dit en effet le procès-verbal, et le conseil *adopte le droit établi par l'ordonnance* (1).

Qu'on n'objecte pas que la condition de l'enfant a bien changé, sous l'empire des idées nouvelles inscrites dans le Code; qu'on ne dise pas que l'ancienne jurisprudence le repoussait, tandis que notre droit en fait une personne civile, ayant des droits héréditaires. C'est inexact, car d'une part, Ricard nous dit que les enfants naturels pouvaient recevoir des donations de leurs parents, et il ajoute qu'ils héritaient dans une certaine mesure, en l'absence d'enfant légitime, et d'autre part, l'enfant naturel n'est point héritier sous l'empire de notre Code, il a bien des droits sur les biens de ses père et mère, mais il n'est point de leur famille et il reste étranger à leurs parents.

A côté de l'argument tiré de la tradition, se place un argument de texte. L'art. 960 parle en effet de personnes qui n'avaient point d'*enfants* ou de *descendants*. Or, si employé seul, le mot *enfants* pouvait présenter quelque ambiguïté, et comprendre à la fois les enfants naturels et les enfants légitimes, le doute n'est pas possible, quand à côté de cette expression se trouve celle de *descendants*. Il est de toute évidence en effet que ces deux mots se lient intimement, et que tous les deux ont le même sens. Si donc *descendants* employé seul veut dire descendants

(1) Fenet. 12. 376.

*naturels* et *légitimes*, *enfants* aura la même acception, si au contraire *descendants* veut dire *descendants légitimes*, *enfants* voudra dire la même chose. Or, légalement, il ne peut être question de descendance naturelle, car la loi n'admet de parenté naturelle qu'entre le père et l'enfant, ce ne peut donc être d'une descendance naturelle que l'art. 960 parle, puisque, aux yeux de la loi, cette descendance n'existe pas, mais bien de la descendance *légitime*, et dès lors, la conséquence en est que l'expression *enfants* ne saurait comprendre les enfants naturels.

Rien n'est plus logique d'ailleurs; il suffit, pour s'en convaincre de se demander à quels motifs le législateur a obéi, quand il a écrit l'art. 960. Il a pensé que le donateur n'eût point donné, ne se fût point dépouillé au profit d'étrangers, s'il avait éprouvé ce sentiment d'affection qu'un père éprouve pour son enfant: l'affection présumée du père pour ses enfants, voilà le fondement de la révocation qui nous occupe. Or, est-il vrai de dire que cette affection soit la même, qu'il s'agisse d'enfants naturels ou d'enfants légitimes, qu'elle soit aussi vive, aussi forte, dans un cas comme dans l'autre? Nous sommes loin de le penser, et nous croyons qu'il est beaucoup plus vrai de dire avec M. Demolombe: « Voyez comment les choses se passent dans le monde, d'après les mœurs et les habitudes de notre société. Est-ce que les père et mère naturels font presque jamais autant pour leur enfant que les père et mère légitimes? Non sans doute, ils le font élever, ins-

truire, ils le mettent en état de gagner sa vie, et puis ils l'éloignent (1) ». Si l'on ajoute à cela que les droits des enfants naturels sont tout à fait différents de ceux des enfants légitimes, on ne pourra pas affirmer que tel qui, ayant un enfant naturel, a fait une disposition à titre gratuit au profit d'un étranger, aurait fait la même disposition s'il avait eu un enfant légitime, héritier de ses biens et de son nom dans le monde.

Les partisans de la doctrine que nous combattons font une dernière objection ; ils la tirent des derniers mots de l'art. 960, où il est dit que la donation est révoquée par la légitimation d'un enfant naturel, *s'il est né depuis la donation*. Si, disent-ils, le législateur n'indique comme cause de révocation que la naissance de l'enfant naturel, postérieurement à la donation, c'est que l'existence de l'enfant naturel, au moment même de cette donation, met obstacle à toute révocation pour cause de survenance d'enfants à l'avenir.

Il suffit de se reporter à la discussion qui a eu lieu devant le Tribunal pour voir à quelle préoccupation a cédé le législateur, en ajoutant ces mots : « *S'il est né depuis la donation.* »

Sous l'empire de l'ordonnance, on considérait la légitimation comme l'avènement à la vie civile, et partant de ce principe, on admettait la révocation par légitimation de l'enfant naturel, à quelque époque

(1) Demolombe. T. V, n° 557.

qu'il fût né. C'est en vain que Dumoulin (1) s'était élevé contre une pareille conséquence, qui faisait à l'enfant naturel une situation préférable à celle de l'enfant légitime : *ne plus habeat luxuria quam castitas;* l'ordonnance avait maintenu le principe. C'est précisément cet état de choses que le Code a voulu faire cesser; la preuve en est dans ce passage d'un rapport du Tribunat: « La naissance de l'enfant légitime ne donnant lieu à la révocation qu'autant qu'il naît *après* la donation, il est impossible de donner plus de faveur à l'enfant *naturel*, qui *dans la suite, est légitimé* (2). » C'est ce que dit également le tribun Jaubert: « Il nepeut avoir (l'enfant naturel légitimé) plus de prérogatives que l'enfant né légitime (3). »

Loin de pouvoir être invoqués par la théorie contraire, les derniers mots de l'art. 960 nous paraisent être un argument en faveur de la théorie que nous défendons; ils ne peuvent s'expliquer qu'autant qu'on admet que l'existence d'un enfant naturel au moment de la donation n'empêche pas la révocation d'avoir lieu; car pour se demander si la légitimation d'un enfant naturel existant lors de la donation peut opérer révocation il faut de toute nécessité supposer que l'existence de cet enfant n'empêche pas la révocation de se produire (4).

(1) Dumoulin. *In consil. Decü.* 366.
(2) Séance du 10 germinal, an XI. (Fenet. 12. 455).
(3) Fenet. 12. 601.
(4) Aubry et Rau. T. VII § 709, texte et note 19. — Demante. T. IV, 103 bis, VII. — Demolombe. *Loc. cit.* et t., XX, n° 729. — Bonnet. T. II n° 632, et suiv.

Les donations ordinaires sont soumises à une autre cause de révocation, celle pour inexécution des conditions. Il est hors de doute que cette cause de révocation s'applique également à l'institution contractuelle ; la faveur avec laquelle elle a été vue par le législateur ne saurait l'emporter sur le principe général, établi par l'art. 1184 du C. C. Seulement à la différence de la révocation par survenance d'enfants, la révocation pour inexécution des charges n'a pas lieu de plein droit ; c'est au donateur à la demander, s'il le veut, et il est certain qu'il pourrait renoncer par avance à cette faculté.

« Les donations en faveur du mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude » porte l'art. 959. C'est là une exception que nos anciens auteurs n'avaient jamais consenti à admettre, ou tout au moins qui avait rencontré la plus vive opposition dans notre ancien Droit. Si quelques-uns, comme Basnage et Expilly (1) soutenaient que la révocation ne devait pas avoir lieu, l'immense majorité des auteurs et la jurisprudence tout entière décidaient que les donations en faveur du mariage demeuraient sous l'empire du droit commun, à cet égard. C'est ainsi que Ricard disait que « les donations les plus favorables y demeurent sujettes (à la révocation pour ingratitude), n'y ayant pas de faveur qui puisse couvrir l'ingratitude du donataire (2) », et qu'Auroux des Pommiers ajoutait : « La faveur

(1) Basnage. T. II, p. 273, col. 2. — Expilly. Ch. 23.
(2) Ricard, 3e partie, n° 681.

du mariage ne couvre point l'ingratitude du donataire, et n'empêche pas que l'on ne punisse les mauvais traitements qu'il fait au donateur , la coutume n'ayant garde d'autoriser un sentiment si inhumain (3). »

Il est facile de comprendre les motifs de l'art. 959. En frappant l'ingrat, on risquait en effet d'atteindre le conjoint et les enfants ; c'était porter échec au principe de la personnalité des peines. On peut regretter toutefois la généralité du principe, et il eût mieux valu conserver la rédaction de l'art. 65 du projet de la commission, dont voici le texte : « Les donations par contrat de mariage, disait-il, ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude, *lorsqu'il y a des enfants de ce mariage ; lorsqu'il n'y en a point, la révocation a lieu, à l'égard du donataire, mais sans préjudice* des droits résultant du contrat de mariage, *en faveur de l'autre époux.* » Ce texte en effet, en même temps qu'il respectait le principe de la personnalité des peines, conciliait tous les intérêts.

Les donations *en faveur du mariage*, dit l'art. 959, ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude, il faut entendre par là les donations faites par contrat de mariage par des tiers aux futurs époux, et non les donations faites par l'un des futurs époux eux-mêmes à l'autre. Après de nombreu-

(3) Auroux des Pommiers. *Sur Bourb.*, art. 225, n° 4. — Comp. de Laurière. *Des inst. contract.*, chap. 4, n^os^ 90 et suiv. — Ferrières. *Sur Paris*, tit. 13 § 4, t. III. p. 1096. — Pothier. *Donat. entre vif* sect. 3, art. 3, § 3.

ses variations, la jurisprudence nous paraît s'être fixée définitivement en ce sens : Le dernier arrêt de cassation que nous connaissions remonte en 1873 (1); quant à la doctrine, si l'opinion contraire rencontre encore quelques partisans (2), elle est combattue par les auteurs les plus considérables, et MM. Aubry et Rau, qui l'avaient défendue dans leurs deux premières éditions, l'ont abandonnée dans la 3e édition de leur ouvrage (3).

C'est qu'en effet si les expressions de l'art. 959 paraissent au premier abord générales et comprendre dans leur généralité toute espèce de donations contenues dans le contrat de mariage, on ne tarde pas à reconnaître, quand on s'inspire des motifs qui ont dicté l'art. 959, et qu'on rapproche ce texte des traditions de l'ancienne jurisprudence, que le législateur a certainement entendu limiter le sens des expressions : *donations en faveur du mariage*, aux donations faites par les tiers aux futurs époux, et à celles-là seulement.

En effet, pourquoi a-t-il voulu soustraire les do-

(1) Cass. 17 février 1873. Sir. 73. 1. 52 ; Adde notam. Rouen, 4 mars 1856. S. 56. 2. 583 et Cass. 26 févr. et 10 mars 1856. S. 56. 1. 193. — Contra. Cass. 21 décembre 1842. S. 43. 1. 728 ; Cass. 21 novembre 1843. S. 44. 1. 235 ; Douai, 28 juin 1854. S. 54. 2. 541.

(2) Merlin. Rép. V. Sép. de Corps, § 4, n° 5. — Grenier. T. I, n° 220. — Duranton. T. II. n° 629 et T. VIII, n° 572. — Coin Delisle, sur l'art. 959, n° 7.

(3) Aubry et Rau. T. VII. § 708. texte et note 11. — Adde Demolombe. T. IV, n° 528. — Colmet de Santerre. T. IV. n° 102, bis I. — Troplong. T. III, n° 559, 1348 à 1360. — Marcadé, sur l'art. n° 3. — Bonnet. T. III, n° 778.

nations par contrat de mariage à la révocation pour ingratitude? Nous l'avons vu. C'est pour ne pas frapper en même temps que le coupable ceux qui ne le sont pas, c'est-à-dire, le conjoint et les enfants nés du mariage, qui, eux aussi ont inspiré la libéralité.

Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à cet égard. Voici en quels termes Bigot Préameneu (1) s'exprimait à l'occasion de la rédaction de l'art. 959 : « Les donations en faveur du mariage sont exceptées de la révocation pour cause d'ingratitude parce qu'elles sont moins une libéralité qu'un traité entre deux familles, en considération d'une union qui doit donner le jour à des enfants *appelés à les recueillir*..... » « parce que, disait encore le tribun Favart au Corps législatif (2), elles sont *destinées aussi aux enfants à naître du mariage et qu'ils ne doivent pas être victimes de l'ingratitude du donataire.* »

Mais ici, est-ce que la même raison de décider existe? En aucune manière. Qu'importe aux enfants la révocation? Ne sont-il pas toujours assurés de retrouver dans la succession leur père ou de leur mère les biens compris dans la donation? Quant à l'époux donateur, loin qu'il ait à souffrir de la révocation, il en bénéficiera puisque les biens donnés lui feront retour.

On le voit, les motifs qui ont dicté la règle écrite

(1) Bigot-Préameneu. *Exposé des motifs au conseil d'Etat.* (Fenet, 12, 551.)

(2) Tribun Favart au Corps législatif (Fenet 12, 636).

dans l'art. 959, s'opposent à ce qu'on l'étende aux donations faites entre futurs conjoints. Mais, quand on y regarde de près il n'est pas jusqu'aux expressions mêmes de ce texte « *donations en faveur du mariage* » qui ne soient en harmonie avec cette interprétation. Car ces donations, à proprement parler ne favorisent pas le mariage, c'est-à-dire la famille qui va se former. Sans doute elles peuvent le favoriser en ce sens que sans elles le mariage n'aurait peut-être pas eu lieu, mais le mariage, la famille ne vont rien y gagner. Ce qu'en effet, par suite de la donation, l'un des époux possède, serait resté la propriété de l'autre, sans la donation. Tout autre est le résultat produit par la donation de biens à venir faite par un tiers. Cette donation profite réellement au mariage lui-même, à l'établissement, aux enfants et non pas seulement au futur époux, et elle seule mérite la quatification de donation en faveur du mariage.

L'autorité de notre ancienne jurisprudence vient singulièrement fortifier cette opinion. On sait en effet que, bien qu'en principe l'immense majorité des auteurs et des arrêts ne voulût admettre aucune exception à la règle de la révocabilité des donations pour cause d'ingratitude, quelques-uns néanmoins admettaient cette exception pour les donations *en faveur du mariage;* or, ces mêmes auteurs laissaient sous l'empire de la règle générale, les donations entre futurs époux. Et veut-on savoir pour quel motif ? Ce n'était nullement comme exception à la disposition

exceptionnelle qu'ils avaient admise, mais uniquement parce que, pour eux, les donations entre futurs conjoints ne rentraient pas dans la classe des *donations en faveur du mariage* (1). Il est bien évident dès lors, qu'en employant les mêmes expressions, les rédacteurs du Code les ont employées avec l'acception quelles avaient.

On dit, il est vrai, que l'art. 1088 s'applique aussi bien aux donations de biens à venir faites par des tiers, qu'aux donations entre futurs époux ; et cependant il parle de *donations en faveur du mariage.* D'accord ; mais la réponse est bien simple. C'est par analogie qu'on étend aux donations entre époux l'art. 1088, parce que la règle qu'il contient est tellement élémentaire qu'on l'eût appliquée sans hésitation, même en l'absence de tout texte. Il ne viendrait en effet à personne l'idée de soutenir que des donations par contrat de mariage entre époux, devraient recevoir leur exécution, malgré la rupture du projet de mariage.

Une autre objection est tirée de l'art. 960, et cette objection ne laisse pas tout d'abord que d'impressionner assez vivement l'esprit. Il résulte en effet très certainement des termes employés par ce texte que les donations faites par *les conjoints l'un à l'autre* rentrent dans la catégorie des donations *en faveur du mariage.*

Mais il y a quelque chose qui suffit, à nos yeux,

(1) Merlin.— Rep. V°.Institution contract. § 9 et V°.Ingratitude, n° 2.

pour ôter toute force à l'objection : c'est l'évidente incorrection du texte. Voulant en effet établir comme règle que les donations faites par une personne sans enfants seraient révoquées par la survenance d'un enfant, le législateur excepte de la règle qu'il pose, les donations faites par un ascendant au conjoint, c'est-à-dire par ceux-là même qui ont des enfants. Il n'est pas possible, en présence d'une pareille inadvertance, d'une aussi grossière erreur, qui porte, il faut le remarquer, sur l'objet direct de l'article, de s'en rapporter aux expressions employées par le législateur dans ce même article, à propos d'une question étrangère à l'art. 960 ; car la question de savoir si les donations faites par l'un des conjoints à l'autre rentrent dans les donations en faveur du mariage, n'est pas celle que voulait trancher l'article.

L'on peut donc conclure que le législateur, en écrivant l'art. 959, n'a eu en vue que les donations faites par les tiers aux futurs époux, et qu'il a entendu laisser sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire soumettre à l'action en révocation pour ingratitude, les donations faites entre futurs conjoints.

## SECTION III

### DE LA RÉDUCTION DES INSTITUTIONS CONTRACTUELLES

En disposant que « toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage, seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles

à la portion dont la loi lui permettait de disposer », l'art. 1090 du C. C. met fin à des controverses qui étaient nées, à propos de cette question, dans l'ancien droit. On s'était demandé, en effet, si l'institution contractuelle donnait lieu à l'action en retranchement.

Et dans les pays de Droit écrit, on semblait vouloir soustraire l'institution contractuelle à cette règle, surtout quand il s'agissait de constitution de dot faite par un père et une mère dans le contrat de mariage de leur fille.

Ainsi, le parlement de Toulouse, après avoir tout d'abord soumis la dot au retranchement aussi bien au regard du mari que de la femme, après l'avoir ensuite affranchie de tout retranchement au profit du mari et au profit de la femme, avait décidé que cette action en retranchement pourrait être exercée contre la femme, mais non contre le mari. Finalement, devant les conséquences injustes auxquelles aboutissait une pareille théorie, au respect des enfants du donateur, le Parlement avait décidé, non plus que l'action en retranchement n'aurait pas lieu contre le mari, mais que l'exercice devait en être différé jusqu'au jour de la mort du mari ou de la cessation de ses charges par la séparation des époux (1).

Et c'est à cette dernière distinction que se réfère l'art. 35 de l'Ordonnance de 1731, pour l'abroger en ces termes : « La dot, même celle qui aura été fournie en deniers, sera pareillement sujette au retranche-

(1) V. Furgole. *Quest. 10,* et sur l'art. 35 de l'*Ordonn.* de 1731.

ment pour la légitime dans l'ordre prescrit par l'article précédent; ce qui aura lieu, soit que la légitime soit demandée pendant la vie du mari ou qu'elle ne soit demandée qu'après sa mort... »

La raison que fournissait le Parlement de Toulouse à l'appui de sa jurisprudence, était loin d'être probante en effet. Pour affranchir le mari de l'action en retranchement, il s'appuyait sur le caractère onéreux que présentait la constitution de dot, par rapport à lui. Mais il n'en restait pas moins ceci : c'est que, par rapport à la femme, l'acte avait bien le caractère d'une disposition à titre gratuit ; de telle sorte que le mari, en admettant le point de départ du Parlement, était un sous-acquéreur. Or, l'action en réduction peut incontestablement s'exercer contre les sous-acquéreurs.

Aussi, dans les pays de droit coutumier, l'opinion la plus accréditée était-elle que les donations par contrat de mariage suivaient, quant à l'action en retranchement, le sort de toutes les donations, et qu'elles devaient être réduites, sans qu'on ait à attendre le décès du mari (1).

Sous l'empire du Code civil, le principe de la réduction est certain, il est nettement formulé par l'art. 1090. La seule question qui se pose, est celle de savoir dans quel ordre la réduction devra s'opérer.

Nul doute d'abord que l'on doive assimiler les

(1) Pothier. *Des donations entre vifs*, sect. III, art. 5, § 2. — Lebrun. *Des successions*, liv. II, chap. III, sect. VII, n° 16.

donations de biens à venir, aux donations entre vifs et non aux dispositions testamentaires ; nous avons vu, en effet, que si l'on ne s'entendait pas, sous l'ancien Droit, sur le caractère à attribuer à l'institution contractuelle, les uns y voyant une donation à cause de mort, les autres un testament, d'autres enfin une donation entre vifs, le Code, en n'admettant que deux modes de disposition à titre gratuit, le testament et la donation, avait suffisamment indiqué, en rangeant les donations de biens à venir dans la classe des donations, que les règles qui gouvernent ces dernières seraient en principe applicables à l'institution contractuelle.

La conclusion est donc qu'on devra, conformément à l'art. 923, commencer par réduire les dispositions testamentaires, et que c'est seulement au cas où cette réduction ne suffirait pas pour parfaire la réserve, qu'il conviendra de réduire les donations de biens à venir ; ce qu'on fera d'ailleurs, comme s'il s'agissait de donations entre vifs, c'est-à-dire en remontant par ordre de dates, des plus récentes aux plus anciennes.

C'était, d'ailleurs, la théorie admise par l'Ordonnance de 1731 (art. 36 et 37).

Est-il besoin de faire remarquer que la date de la donation ne saurait être la date de la célébration du mariage, mais bien celle du contrat ? Car si le mariage est une condition *sine quâ non*, pour l'efficacité de la donation, il n'en est pas moins une condition et cette condition, comme tout autre, opère rétroactivité au jour du contrat. C'est à partir de ce jour que la

donation existe, avec son caractère d'irrévocabilité. et cela est si vrai que le donateur ne peut plus, à partir de cette époque, faire aucune libéralité au préjudice de l'institution.

Il faut, pour appliquer les règles de la réduction, distinguer deux cas : ou l'institution contractuelle est universelle, ou elle est à titre universel ou à titre particulier.

Quand l'institution contractuelle embrasse la succession entière du disposant, il est vrai de dire, comme le faisait l'art. 36 de l'Ordonnance de 1731 « que le donateur est tenu de payer indéfiniment les légitimes » ; en effet, les donations *antérieures* ne seront atteintes qu'après l'épuisement de la donation de biens à venir : quant aux donations *postérieures*, de deux choses l'une : ou elles sont excessives, et alors elles seront nulles pour le tout, ou elles rentrent dans les limites fixées par l'art. 1083, et bien qu'elles soient postérieures, quant à la date, à l'institution contractuelle, cette dernière subira la réduction avant elles ; car les libéralités modiques doivent être bien plutôt considérées comme des charges de l'institution que comme des donations proprement dites. Comme le dit Troplong : « Elles ont en général des causes très favorables, et le donateur est présumé avoir voulu les faire exécuter intégralement, par préférence à l'institution (1) ».

Si nous supposons maintenant une institution d'une

(1) Troplong. T. IV, n° 2509.

quote part de la succession, par exemple de moitié, il est incontestable qu'elle sera réduite avant les donations qui l'auraient précédée ; quant aux libéralités qui lui seraient postérieures, nulles pour moitié, en vertu de l'art. 1083, elles serviront à compléter la réserve des héritiers légitimes ; et c'est au cas seule où elles ne suffiraient pas que l'institution sera atteinte par la réduction.

Enfin, si l'institution est à titre particulier, c'est encore l'art. 923 qu'il faudra appliquer, et cette application ne présente aucune difficulté.

Rien au surplus n'empêcherait le donateur de charger expressément le donataire de biens à venir d'acquitter directement la réserve ; c'est ce que l'art. 36 de l'Ordonnance de 1731 autorisait dans les termes suivants : « Auquel cas d'expression de ladite charge, le donataire sera tenu *directement et avant tous les donataires, quoique postérieurs*, d'acquitter les dettes légitimes, pour la part et portion dont il aura été chargé dans la donation, sauf au donataire, dans tous les cas portés par le présent article, de renoncer, si bon lui semble, à la donation. »

Nul doute que l'art 1086 autorise cette charge comme condition de la donation de biens à venir ; mais il faudra naturellement une déclaration formelle du donateur.

Quel sera, au point de vue de la réduction et de l'ordre dans lequel elle doit se faire, l'effet de la réserve par le donateur de la faculté de disposer d'un objet ou d'une somme compris dans l'institution ?

Il faut distinguer deux hypothèses : ou le donateur n'a pas disposé de ses biens, ou il en a disposé.

Quand il n'a pas usé du droit de disposition qu'il s'était réservé, il nous parait impossible de soutenir que les choses réservées doivent être réduites avant tout autre donation ; on l'a cependant soutenue (1) et on s'est appuyé, pour cela, sur deux ordres d'arguments. D'une part, une pareille donation, d'après les défenseurs de l'opinion que nous combattons, doit être assimilée à une disposition testamentaire, et considérée comme une donation à cause de mort. D'autre part, on invoque le caractère de révocabilité qui s'attache à une pareille disposition, et on en conclut que les donations postérieures faites par le disposant ont pour effet de la révoquer.

Il est facile, croyons-nous, de répondre victorieusement à ces arguments.

Nous avons exposé que le Code n'admet pas la donation à cause de mort. L'art. 923 n'autorise que deux sortes de dispositions : les donations entre vifs et les legs. Or, il n'est pas possible de faire rentrer une donation, toute révocable qu'elle soit, dans la catégorie des legs ; car outre que ce dernier est l'œuvre de la volonté d'un seul, tandis que la donation dont s'agit est formée par le concours de deux volontés, il y a encore cette différence, c'est que le droit du légataire n'existe qu'à dater de la mort du testateur, il ne s'ouvre qu'à cette époque, tandis que

(1) Grenier. T. III, n° 609. — Duranton. T. VIII, n° 358. — Rolland de Villargues, *Rep. du Notar.*, v°. portion disponible, n° 98.

le droit du donataire se fixe pendant la vie du disposant, il remonte au jour de la donation. Les motifs qui ont fait réduire les legs avant les donations s'appliquent donc ici ; car ce qui motive la différence entre les deux classes de dispositions, ce n'est pas une question de révocabilité, mais d'ouverture de droit, le droit du légataire ne s'ouvrant qu'au décès, le droit du donataire remontant, au contraire, à l'époque de la donation. Il est donc tout à fait inexact d'assimiler la donation dont s'agit au legs.

Mais ce qui ne l'est pas moins, c'est de prétendre que la donation se trouve révoquée par les libéralités ultérieures. Comme si la révocation pouvait se présumer ! comme s'il ne fallait pas qu'elle fût expresse, ou tout au moins qu'elle ne résultât pas d'une disposition incompatible avec celle qu'on prétend révoquée ! (argument de l'art. 1036) Songe-t-on d'ailleurs que déclarer révoquée cette donation, c'est la mettre, comme le fait observer avec raison M. Bonnet (1), dans une situation bien inférieure aux legs, puisque ceux-ci pourront ne se trouver réduits que partiellement, alors qu'on empêche dans ce système la donation de produire aucune espèce d'effet ? (2)

Lorsque le donateur a usé de la faculté qu'il s'était réservée, nous croyons, contrairement à l'opinion de M. Bonnet (3), qui veut que l'on commence toujours

(1) Bonnet. T. II. n° 673.

(2) Bonnet. *Loc. cit.* — Demolombe. T. XXIII, n° 404. — Troplong. T. IV, n° 2514.

(3) Bonnet. T. II, n°s 674 et 675.

par réduire la disposition des biens réservés avant l'institution contractuelle, et de Troplong (1) qui au contraire enseigne que toujours cette dernière sera réduite la première, que la question doit se résoudre par une sous-distinction, comme le faisait Furgole, sur l'art. 36 de l'ordonnance de 1731.

La donation de biens à venir est-elle universelle ? Il nous paraît bien difficile de soutenir avec M. Bonnet, que la donation de l'objet compris dans la réserve devra être atteinte par la réduction, avant la donation par contrat de mariage elle-même. Une pareille conséquence nous semble être en effet tout le contraire de ce qu'a voulu le donateur. Car, en se réservant la faculté de disposer au détriment de la donation principale, d'une somme ou d'un objet quelconque, il a entendu donner à cette faculté qu'il se réservait toute l'efficacité possible, et dès lors la préférence sur la donation universelle.

Et c'est cette dernière qui serait respectée, autant vaudrait dire que la réserve serait inutile, car le plus souvent elle serait absorbée par les héritiers réservataires.

M. Bonnet objecte l'art. 923. Aux termes de cet article, l'ordre dans lequel la réduction doit s'opérer se détermine par la date des donations. Telle est la règle. Pour y déroger, il faut une déclaration expresse, (argument tiré de l'art. 927), et cette déclaration fait défaut ici.

(1) Troplong. T. IV, nos 2512 et 2513. Comp. Cass., 7 juillet 1835. (Sir. 35. 1. 914).

Mais précisément, c'est ce que nous nous refusons à admettre. Oui, nous convenons, avec le savant auteur, qu'il ne doit pas exister de doute sur l'intention du donateur, que sa volontée doit être clairement manifestée, qu'elle doit être expresse ; mais on ne saurait apparemment exiger l'emploi de termes sacramentels ; dès lors, comment ne pas voir, dans la disposition qui nous occupe, la volonté, l'intention formelle de la part du donateur que la donation des objets compris dans la réserve soit ferme et efficace, au détriment du donataire ?

Au lieu d'être universelle, la donation par contrat de mariage, est-elle à titre universel ou à titre particulier? Les mêmes raisons de décider ne s'appliquent plus, et la règle de l'article 923 reprend son empire. Troplong pense, au contraire, que ce que nous avons dit de l'institution universelle, est *a fortiori* vrai de l'institution à titre universel, ou à titre particulier. Suivant lui, en effet, la réserve était moins nécessaire dans ce dernier cas, puisque le donateur pouvait satisfaire ses idées de libéralité sur les biens placés en dehors de la donation ; et, ajoute-t-il, s'il a fait cette réserve, c'est qu'il a voulu tenir le donataire dans une certaine dépendance, ou bien laisser place à d'autres affections.

N'est-il pas plus vrai de dire que du moment où, en dehors de la donation, il restait d'autres biens au donateur, celui-ci a pensé que ces biens suffiraient à l'acquittement de la réserve, et que ses libéralités ne seraient pas détruites ? Ses prévisions ne se réalisant

pas, on rentre sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire de l'art. 923.

Si telle nous paraît être la solution en principe, faisons observer toutefois que la question dans un cas comme dans l'autre, est surtout une question d'espèces et d'interprétation (1).

(1) Demolombe. T. XXIII, n° 405.

# POSITIONS

## DROIT ROMAIN

I

A l'époque classique, l'ordre de restituer du juge, dans les actions arbitraires, ne peut être exécuté *manu militari*.

II

Les simples pactes donnent naissance à une obligation naturelle.

III

Dans les obligations conventionnelles, les Romains ne distinguaient que deux degrés de faute : la *culpa lata* et la *culpa levis*.

IV

En Droit romain, le mariage ne se forme pas *solo consensu*.

## DROIT CIVIL

I

L'art. 299 du C. C. ne s'applique pas à la séparation de corps ; tout au moins la simple reconciliation des époux

suffirait pour faire revivre les donations contenues au contrat de mariage.

II

L'usufruitier qui a élevé des constructions sur le terrain soumis à l'usufruit ne peut, à la cessation de l'usufruit, ni enlever ces constructions, ni réclamer du nu propriétaire aucune indemnité ; mais quand il a fait des améliorations et des dégradations à la fois sur le même immeuble, il y a lieu de compenser les unes et les autres à due concurrence.

III

Le bénéfice d'une police d'assurances contractée par le mari au profit de sa femme, est censé n'avoir jamais été dans le patrimoine du mari et avoir toujours appartenu à la femme, de sorte que les créanciers du mari n'ont aucun droit sur le montant de cette assurance.

IV

La constitution de dot faite à la femme est un acte à titre gratuit par rapport à elle, et un acte à titre onéreux par rapport au mari.

---

## DROIT PÉNAL

I

Le fermier à qui le droit de chasse n'a pas été formellement réservé par le bail ne peut poursuivre correctionnellement les faits de chasse commis sur le domaine affermé ; il a seulement le droit de demander aux tribunaux civils la réparation du dommage causé à ses clôtures ou à ses récoltes.

II

Une simple interruption à l'audience émanant de l'une des parties et renfermant une allégation injurieuse ou diffamatoire pour l'autre, ne peut être réprimée que par le Tribunal saisi de la cause. (Art. 41, § 4 de la loi du 29 juillet 1881.)

---

## PROCÉDURE CIVILE

I

Le jugement qui ordonne un interrogatoire sur faits et articles, n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel.

II

Il n'y a pas lieu à surenchère sur aliénation volontaire en matière de vente judiciaire d'immeubles dépendant d'une faillite.

Vu :
*Le Président de la Thèse,*
L. GUILLOUARD.

Vu :
*Le Doyen de la Faculté,*
EDMOND VILLEY

Vu et permis d'imprimer :
*Le Recteur de l'Académie de Caen,*
E. ZÉVORT.

# TABLE DES MATIÈRES

## DROIT ROMAIN

### DE LA CONSTITUTION DE LA DOT


Pages

INTRODUCTION. . . . . 1

CHAPITRE I^er^. — *Notions générales.*

SECTION I. — Nature de la constitution de dot. . . . . 9

SECTION II. — Quand la dot peut être constituée . . . . . 15

SECTION III. — De l'obligation de doter . . 22

SECTION IV. — Différentes espèces de dot . 30

CHAPITRE II. — *Comment se constitue la dot ?*

SECTION I. — Modes de constitution de la dot. . . . . 42

SECTION II. — Condition et capacité des parties . . . . . 58

SECTION III. — Ce qui peut être constitué en dot. . . . . 65

CHAPITRE III. — *Effets généraux de la constitution de dot.* 76

De l'Usucapion . . . . . 93

Effets de l'estimation donnée aux choses apportées en dot . . . . . 97

De l'estimation *taxationis causa*. . . . 101

## DROIT FRANÇAIS

### DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE


Pages

Origine historique. . . . . 105

NOTIONS GÉNÉRALES. — *Nature et caractères de l'institution contractuelle. Son utilité* . . . . . 129

CHAPITRE Ier. — Formes de l'acte par lequel l'institution peut avoir lieu . . . . . 143

CHAPITRE II. — Quels biens peut comprendre l'institution contractuelle ? . . . . . 160

CHAPITRE III. — Quelles personnes peuvent faire une institution contractuelle ? Qui peut la faire ? . . . . . 175

CHAPITRE IV. — Qui peut recevoir une institution contractuelle ? . . . . . 184

CHAPITRE V. — De la nullité et de l'annulabilité de l'institution contractuelle . . . . . 212

CHAPITRE VI. — Clauses spéciales qui peuvent être insérées dans l'institution contractuelle . . 218

CHAPITRE VII. — De la promesse d'institution. — De la donation d'une somme d'argent payable au décès. — De la promesse d'égalité . 230

CHAPITRE VIII.— Effets de l'institution contractuelle . . . 244

Section I. — Effets au regard du donateur . . . . . 245

Section II. — Effets au regard du donataire . . . . . 266

§ I. — Pendant la vie du donateur. . . . 267

§ II. — Après la mort du donateur. . . . 282

CHAPITRE IX. — Caducité, Révocation et Réduction . . . 300

§ I. — Caducité . . . . . 300

§ II. — Révocation . . . . . 310

§ III. — Réduction . . . . . 322

*Positions* . . . . . 333


Caen. — Imp. E. ADELINE, rue Froide, 16